



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
FUERO PENAL COLEGIADO

COMPENDIO 2019

RECOPIACIÓN DE FALLOS Y PRECEDENTES

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA

Dra. Marina Martín

Jueza Juzgado Penal Colegiado N° 1 - Primera Circunscripción Judicial

PRESENTACIÓN.

Con agradecimiento sincero a los colaboradores que se han sumado a esta idea, hoy se presenta la segunda entrega programada por el “Proyecto Compendio. Recopilación de fallos y precedentes”. El mismo tiene como primera meta, la elaboración de cinco volúmenes anuales de fallos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, desde el año 2019 al 2023.

Siguiendo las directrices de la obra precedente, el “Compendio 2019” replica la estructura de división en capítulos por núcleos temáticos, conforme al bien jurídico protegido, realizando un breve análisis de cada fallo con acápites relevantes: Web, Lex, Vox y Summa. Ofrece un índice temático de las resoluciones consignadas y un apéndice normativo.

Cabe subrayar que esta obra, ha germinado en el concepto del trabajo en equipo, la siembra conjunta, la tarea abonada por saberes individuales, que se enriquecen en lo compartido, para brindarse al servicio. Esta humilde labor, hoy pone sus frutos a disposición de la comunidad toda.

Marina Martín

Mendoza, Agosto de 2023

Dirección: Dra. Marina Martín.

Equipo: Dra. Eleonora Arena. (E.A.) Dra. Silvina Baldovino. (S.B.) Dr. Rodrigo Bustos. (R.B.) Dra. María José Cerdera (J.C.) Dr. Nicolás Chicahuala. (N.M.C.) Dr. Emilio Cuenca. (E.C.) Dra. Valeria Donato. (V.D.) Dra. Fernanda Donna. (F.D.) Dr. Javier Fernández. (J.F.) Dr. Daniel Funes. (D.F.) Dra. Andrea Hernández (A.H.) Dr. Máximo Lorda. (M.L.) Dr. Agustín Pedrazzoli. (A.P.) Téc. Adrián Pérez. (A.E.P.) Dra. Griselda Quillet. (G.Q.) Dra. Gabriela Requena. (G.R.) Proc. Gustavo Santamaría. (G.S.) Dra. Claudia Tula. (C.T.) Dra. Celeste Vicchi. (C.V.) Dra. Ayelén Vidal. (A.V.) Dra. Amalia Yornet. (A.Y.) Dr. Hernán Zeballos. (H.Z.) Dra. Marina Martín (M.M.).

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN..... 1

ÍNDICE TEMÁTICO..... 3

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS..... 89

CAPITULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Contra la vida. Homicidios..... 92

1- ARAUJO. 14-02-19..... 92

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=7>..... 92

Lex: Art. 80 inc. 1° del CP. Art. 474 del CPP. 92

Vox: Homicidio agravado. Relación de pareja: publicidad, clandestinidad del vínculo. Prueba indirecta. Indicios. Valoración de la prueba. Violencia de género. Prisión perpetua..... 92

Summa:..... 92

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente. 92

Fallo..... 93

I.- Resolución recurrida 93

II.- Recurso de casación de la defensa 94

III.- Informe escrito de la defensa 95

IV.- Dictamen del señor Procurador General..... 96

V.- Solución del caso 96

SENTENCIA: 101

2- CAMARGO GARDE. 28-02-19..... 102

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=9>..... 102

Lex: Art. 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26791. CEDAW. Art. 474 del CPP..... 102

Vox: Homicidio agravado. Relación de pareja. Femicidio. VG. Dolo. Preterintencionalidad. Causalidad. Imputabilidad. Valoración de la prueba. Trastorno mental transitorio incompleto. Vínculo. Violencia de género. 102

Summa:..... 102

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente 102

Fallo..... 103

1.- Resolución recurrida 103

2.- Recurso de casación..... 104

3.- Dictamen del señor Procurador General 105

4.- La solución 106

SENTENCIA: 114

3- AGOSTI. 28-02-19.	115
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=11	115
Lex: Arts. 12, 19, 41 y 84 del CP. Art. 474, incs. 1° y 2° del CPP.....	115
Vox: Homicidio Culposo. Inhabilitación especial y absoluta. Arma de Fuego. Valoración de la prueba. Error en los presupuestos de la legítima defensa. Evitabilidad del error en los presupuestos de una causal de justificación. Individualización de la pena. Prohibición de doble valoración. Sistema de gravedad continua.	115
Summa:	115
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Garay.....	115
Fallo	116
I.- Resolución recurrida	116
II.- Recurso de casación de la defensa	117
III.- Dictamen del señor Procurador General	119
IV.- Solución del caso	120
SENTENCIA:	125
4- CAMUSO. 08-03-19.	126
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=13	126
Lex: Art. 80 inc. 1 y 2; 34 inc. 1 del CP. Art. 96, 474 incs. 1 y 489 del CPP. Art. 18 CN. Ley 24660. CADH. PIDCyP.	126
Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Alevosía. Concurso real. Imputabilidad. Capacidad psíquica de culpabilidad (consecuencias sustanciales) y para estar en juicio (consecuencias procesales). Valoración de la prueba. Prisión perpetua. Constitucionalidad.	126
Summa:	126
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	127
Fallo	128
I. Resolución recurrida	128
II. Recurso de casación.....	129
III. Dictamen del señor Fiscal Adjunto	130
IV. La solución	131
SENTENCIA:	134
5- RAMIREZ y ot.. 20-03-19.	136
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19	136
Lex: Art. 45, 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del CP. Art. 474 del CPP.	136
Vox: Homicidio en ocasión de robo. Arma de fuego. Poblado y banda. Concurso ideal. Coautoría. Participación secundaria.....	136
Summa:	136

SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	136
Fallo.....	137
1.- La sentencia recurrida.....	137
2.- El recurso de casación de la defensa de Jeremías Ramírez y de Gimena Arce.....	138
3.- Dictamen del señor Procurador General	139
4.- La solución	139
SENTENCIA:	143
6- FIGUERA JORONDA. 26-03-19.....	144
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=20	144
Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. . Art. 474 del CPP.	144
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Declaración del imputado. Fundamentación. Valoración de la prueba.	144
Summa:	144
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	144
Fallo.....	145
I.- Sentencia recurrida.....	145
II.- Recurso de casación.....	146
III.- Dictamen del señor Procurador General	147
IV.- La solución	147
SENTENCIA:	150
7- CARRANZANI. 26-03-19.....	151
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=21	151
Lex: Art. 80 inc. 7, 166 inc. 2°, 42, 55, 277 del CP. Art. 474 del CPP.	151
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Conexión subjetiva. Robo agravado. Arma apta. Tentativa. Encubrimiento simple. Valoración de la prueba. Calificación legal.....	151
Summa:	151
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	151
Fallo.....	152
1.- Sentencia recurrida.....	152
2.- El recurso de casación de la defensa de E. C.	154
3.- Dictamen del señor Procurador General	155
4.- La solución	155
SENTENCIA:	159
8- ORO. 26-03-19.	160
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf	160

Lex: Art. 165 del CP. Art. 1, 4 y 8 del Decr. /Ley 22.278. Arts. 115, 116 y 148 de la Ley 6354. Ley N° 22.803.	160
Vox: Homicidio en ocasión de robo. Tratamiento tutelar. Derecho penal juvenil. Recurso de revisión.	160
Summa:	160
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Garay.	161
Fallo	162
1.- Sentencia recurrida.....	162
2- Recurso de casación.....	163
3.- Dictamen del señor Procurador General	164
4.- Solución del caso.....	164
SENTENCIA:	169
9- RODRIGUEZ ZAMBRANO. 26-03-19.	170
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=22	170
Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. Art. 353, 357, 474 del CPP	170
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Probabilidad. Elevación a juicio. Sobreseimiento. Nulidad.....	170
Summa:	170
SCJM. Dres.: Valerio. Garay. Adaro.	170
Fallo	171
I.- Resolución recurrida	171
II.- Recurso de casación.....	172
III.- Dictamen del señor Procurador General	172
IV.- Solución del caso	172
SENTENCIA	176
10- NIEVAS CASANOVA. 16-04-19.	177
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=36	177
Lex: Art. 84, 189 bis inc. 2°, 2° párrafo, 119, 1° párrafo y 55 del CP. Art. 474, 486 del CPP	177
Vox: Homicidio culposo. Concurso real. Arma de fuego de guerra. Portación. Tenencia. Abuso sexual. Calificación legal. Determinación de la pena.	177
Summa:	177
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	177
Fallo	178
1.- Sentencia recurrida.....	178
II.- Recurso de casación.....	179

III.- Dictamen del señor Procurador General	179
IV- Solución del caso	180
SENTENCIA:	182
11- ARZUZA y ot. 23-04-19.	184
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=38	184
Lex: Art. 84, 1° párrafo del CP. Art. 474 del CPP	184
Vox: Homicidio culposo. Coautoría. Principio de Congruencia. Derecho de defensa.	184
Summa:	184
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	185
Fallo	186
1.- Sentencia recurrida.....	186
2.- Recurso de casación.....	187
3.- Dictamen del señor Procurador General	190
4.- Solución del caso.....	190
SENTENCIA:	195
12- AGUERO. 23-04-19.	196
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcAguero.pdf	196
Lex: Arts. 79 y 41 bis del CP. Art. 474 del CPP	196
Vox: Homicidio simple. Arma de fuego.	196
Summa:	196
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	196
Fallo	197
1.- Sentencia recurrida.....	197
2.- Recurso de casación.....	197
3.- Dictamen del señor Procurador General	198
4.- Solución del caso.....	198
SENTENCIA:	201
13- MONTSENY FERNANDEZ. 23-04-19.	202
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcMFR.pdf	202
Lex: Art. 84, último párrafo del CP. Art. 418, 419, 429, 72, 474 del CPP. Art. 75 inc. 22° de la CN. Art. 10 DUDH. Art. 8 CADH. Art. 14 PIDCy P.	202
Vox: Homicidio culposo. Inhabilitación especial para conducir. Imputación a la víctima o Competencia de la víctima. Imputación objetiva. Culpa concurrente. Culpa inconsciente. Culpabilidad. Prohibición de doble valoración. JAF. Garantía de imparcialidad.....	202
Summa:	202

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia).....	203
Fallo	204
I.- Sentencia recurrida.....	204
II.- Recurso de casación.....	205
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	206
IV.- La solución.....	207
SENTENCIA:	218
14- BARRIONUEVO TARRAGONA. 18-03-19.	219
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf	219
Lex: Art. 45, 80 inc. 7°, 41 bis, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo y 42 del CP. Art. 165 del CP. Art. 474 del CPP.	219
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Robo agravado. Arma de fuego. Tentativa. Prisión Perpetua. Coautoría. Calificación legal. Homicidio en ocasión de robo. Peligro de dolo. Peligro de imprudencia. Imputación objetiva. Ultrafinalidad. Determinación de la pena. Concurso real.....	219
Summa:	219
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Voto ampliatorio). Adaro (Licencia).	220
Fallo	221
1.- Sentencia recurrida.....	221
2.- Recurso de casación.....	222
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	223
4.- Solución del caso.....	223
SENTENCIA:	234
15- NAVARRO. 15-05-19.	235
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcNLL.pdf	235
Lex: Art. 79, 40, 41, 41 bis del CP. Art. 474 del CPP.....	235
Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Autoría. Partícipe necesario.....	235
Summa:	235
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo (Licencia). Valerio.	235
Fallo	236
1.- La sentencia recurrida.....	236
2.- El recurso de casación de C. N. LL.....	236
3. El recurso de casación de M. M.	237
4.- Dictamen del señor Procurador General.....	238
5.- La solución del caso	238
SENTENCIA:	241

16- LUNA CISTERNA. 17-05-19.	242
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLuna.pdf	242
Lex: Arts. 80 inc. 7°, 42, 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 40 y 41 del CP.	242
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Tentativa. Concurso real. Calificación legal. Robo agravado. Arma. Circunstancias atenuantes. Doble valoración. Determinación de la pena.....	242
Summa:	242
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	242
Fallo	243
I.- La resolución recurrida	243
II.- El recurso de casación de la defensa	244
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	244
IV.- La solución del caso	245
SENTENCIA:	246
17- LUNA GARRO. 28-05-19.	247
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcLG.pdf	247
Lex: Art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54, 167 inc. 2 del CP.	247
Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Sana crítica racional. Principio de unidad de la prueba. Dolo. Concurso real. Concurso ideal. Poblado y banda. Escalamiento. Arma de fuego apta.	247
Summa:	247
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	248
Fallo	249
1.- Resolución recurrida	249
2.- Recurso de casación.....	250
3.- Dictamen del señor Procurador General	251
4.- La solución del caso	251
SENTENCIA:	254
18- CABRAL. 05-06-19.	256
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf	256
Lex: Art. 5, 45 y 79 del CP. Art. 240 bis, 240 ter y 474 del CPP.....	256
Vox: Homicidio simple. Coautoría funcional. Acuerdo tácito. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba. Testimonio de menor de edad.	256
Summa:	256
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	256
Fallo	257
1.- Resolución recurrida	257

2.- El recurso de casación del defensor de Luciano Cabral	259
2.- El recurso de casación del defensor de Axel Federico Olguín Moreno	262
4.- El dictamen del Procurador General.....	263
4.- La solución del caso	264
SENTENCIA:	277
19- ARDUINI. 05-06-19.	278
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcArduini.pdf	278
Lex: Art. 84, 2° supuesto del CP. Art. 474, inc. 2° del CPP	278
Vox: Homicidio Culposo. Variación de la Plataforma fáctica. Valoración de la prueba. Autopuesta en peligro de la víctima. Competencia de la víctima.	278
Summa:	278
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	278
Fallo	279
1.- Resolución impugnada.....	279
2.- Recurso de casación.....	279
3.- Dictamen del Procurador General	280
4.- La solución del caso	280
SENTENCIA:	283
20- RUIZ. 12-06-19.	284
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcRuiz.pdf	284
Lex: Art. 79, 41 bis, 42 y 45 CP. Art. 474 del CPP.	284
Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Tentativa. Fundamentación.	284
Summa:	284
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	284
Fallo	285
1.- Sentencia recurrida.....	285
2- Recurso de casación.....	285
3.- Dictamen del Procurador General	286
4.- La solución del caso	286
SENTENCIA:	289
21- OLARTE. 12-06-19.	290
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcORJ.pdf	290
Lex: Art. 80 inc.1° y 11°, 42, 92 en función del art. 80 inc. 1°, 89, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 149 bis, 2° párrafo, 239 del CP. Art. 474 del CPP.	290

Vox: Homicidio agravado. Femicidio. Tentativa. Violencia de Género. Amenazas Simples. Amenazas coactivas. Desobediencia a una orden Judicial. Concurso real. Relación de pareja. Vínculo. Lesiones leves dolosas.	290
Summa:	290
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	291
Fallo	292
1.- Resolución recurrida	292
2.- Recurso de casación.....	292
3.- Dictamen del señor Procurador General	293
4.- La solución del caso	293
SENTENCIA:	295
22- CICCHITTI VILLANE. 25-06-19.	297
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcCicchitti.pdf	297
Lex: Art. 84 Bis, 2° párrafo, art. 54, 94, 1° párrafo, 45, 59 inc. 6, 71 del CP. Art. 155, 167, 8 ss. y cc., 26 inc. 2, 353 del CPP. Ley 8008.	297
Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria e imprudente de un vehículo automotor. Extinción de la acción. Reparación integral. Falta de consentimiento fiscal.	297
Summa:	297
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	298
Fallo	299
1.- La resolución recurrida	299
2.- El recurso de casación.....	299
3.- El dictamen del Procurador General.....	300
4.- La solución del caso	301
SENTENCIA:	303
23- YAÑEZ FONSECA. 05-07-19.	304
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FyQcYanez.pdf	304
Lex: Art. 84, 19, 20 bis, 24 del CP. Art. 511 CPP.....	304
Vox: Homicidio Culposo. Prisión. Inhabilitación Especial. Cómputo de pena.	304
Summa:	304
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Nanclares.	304
Fallo	305
1.- Resolución recurrida	305
2.- Recurso de casación.....	305
3.- Dictamen del señor Procurador General	306

4.- La solución del caso	306
SENTENCIA:	309
24- PIZARRO. 18-03-19.	310
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcPizarro.pdf	310
Lex: Art. 84, 45 y 48 inc. b, 68 y cc. de la Ley de Tránsito N° 6.082. Art. 59 inc. 3°, 62 y 67 del CP.	310
Vox: Homicidio culposo. Prisión. Inhabilitación especial. Prescripción. Extinción de la acción.	310
Summa:	310
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	310
Fallo	311
1.- La sentencia recurrida.....	311
2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal	311
3.- Dictamen del Procurador General	312
4.- La solución del caso	312
SENTENCIA:	313
25- ESPOSITO y ot.. 08-08-19.	314
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcEsposito.pdf	314
Lex: Art. 45,79, 55 y 149 bis y 46 del CP. Art. 474 del CPP.	314
Vox: VG. Homicidio simple. Concurso real. Amenazas agravadas. Arma impropia. Autoría. Participación secundaria. Perspectiva de género. Violencia de género.	314
Summa:	314
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	314
Fallo	315
I.- Resolución recurrida	315
II.- El recurso de casación de la defensa	316
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	317
IV.- La solución del caso	317
SENTENCIA:	320
26- MINATI KRIER. 08-08-19.	321
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcMKC.pdf	321
Lex: Art. 80 incs. 1° y 11°, 41 bis, 45, 46 del CP.	321
Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Violencia de género. Arma de fuego. Autoría. Participación secundaria. Derecho de defensa. Control de la prueba.	321
Summa:	321
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	322
Fallo	323

I.- La sentencia recurrida.....	323
II.- Los recursos de casación formulados.	324
III. Dictamen del señor Procurador General	326
IV.- Audiencia de informe oral	327
V.- La solución del caso	327
SENTENCIA:	335
27- MURUA SOSA y ot. 23-08-19.....	337
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190823_FcMurua.pdf.....	337
Lex: Art. 80 inc. 7, 41, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 167 inc. 2°del CP. Art. 155, 426 inc. 4° del CPP. Ley 9040.	337
Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Poblado y en Banda. Deber judicial de motivar. Nulidad. Fundamentación. Oralidad. Prisión perpetua.	337
Summa:.....	337
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	338
Fallo.....	339
1.- La sentencia recurrida.....	339
2.- El recurso de casación de la defensa de Diego Fabián Galván Rudeschini.....	340
3.- El recurso de casación de la defensa de Mauricio Daniel Murua Sosa	341
4.- El recurso de casación de la defensa de Darío Suárez Gil	341
5.- Dictamen del señor Procurador General	342
6.- La solución	342
SENTENCIA	345
28- AMAYA. 05-09-19.	347
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf	347
Lex: Arts. 165 y 41 bis del CP.	347
Vox: Homicidio en ocasión de Robo. Arma de fuego. Unidad de la prueba. Unificación de pena... 347	347
Summa:.....	347
SCJM. Dres.: Garay. Llorente. Orbelli.....	347
Fallo.....	348
1.- Resolución recurrida	348
2.- Recurso de casación.....	348
3.- Dictamen del señor Procurador General	349
4.- La solución del caso	349
SENTENCIA:	351
29- QUIROGA MORALES. 10-09-19.	352

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf	352
Lex: Art. 12, 19, 34, 79, 89, 90, 91 y 54 del CP. Art. 50 Ley N° 24449.....	352
Vox: Homicidio simple. Lesiones graves dolosas. Lesiones leves dolosas. Dolo. Culpa. Culpa consciente. Teoría cognitiva-volitiva. Teoría de la voluntad. Teoría de la representación. Teoría de la posibilidad. Teoría de la probabilidad objetiva. Peligro de dolo. Diferenciación cualitativa y cuantitativa de dolo y culpa. Imputación objetiva. Exceso velocidad. Ley de Tránsito.....	352
Summa:	352
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. (Disidencia parcial). Adaro.....	353
Fallo	354
I.- Sentencia recurrida.....	354
II.- Recurso de casación.....	355
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	355
IV.- La solución del caso.....	355
SENTENCIA:	371
30- FLORES. 10-09-19.	372
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcFlores.pdf	372
Lex: Art. 79, 41 bis y 55 del CP. Art. 474 del CPP.....	372
Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Concurso Real. No aceptación de medio de prueba. Valoración de la prueba.....	372
Summa:	372
SCJM. Dres. Palermo. Valerio. Adaro.....	372
Fallo	373
I.- La sentencia recurrida.....	373
II.- El recurso de casación.....	373
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	374
IV.- La solución del caso.....	374
SENTENCIA :	377
31- CARRIZO. 10-09-19.	378
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FyQcCarrizo.pdf	378
Lex: Art. 79, 41 bis y 45 del CP; 416 inc. 2°, 411 inc. 3°, 474 del CPP.....	378
Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Nulidad. Interés legítimo. Interpretación restrictiva. Perjuicio irreparable.....	378
Summa:	378
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	378
Fallo	379

1.- La sentencia recurrida.....	379
II.- Recurso de casación.....	381
III.- Dictamen de la Procuración General	382
IV.- La solución del caso	383
SENTENCIA:	385
32- VAL. 04-10-19.	386
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcVal.pdf	386
Lex: Art. 84 del CP. Art. 106, 449, 474, 475, 477, 474, 489, 490 del CPP. Art. 16 CN. Arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH. Art. 14 del PIDCyP	386
Vox: Homicidio culposo. Querellante particular. Impugnabilidad subjetiva. Constitucionalidad del art. 477 del CPP.	386
Summa:	386
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. (Licencia) Adaro.	387
Fallo	388
I.- La resolución recurrida	388
II.- El recurso de la querrela particular	389
III. El dictamen del señor Procurador General.....	390
IV.- La solución del caso	390
SENTENCIA:	394
33- CORONEL DIAZ. 04-10-19.	395
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcCoronel.pdf	395
Lex: Art. 84, 2° párrafo y 26 del C.P	395
Vox: Homicidio culposo agravado. Inhabilitación especial. Vehículos automotores.	395
Summa:	395
Doctrina citada	395
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	395
Fallo	396
I.- La resolución recurrida	396
II.- El recurso de casación de la defensa.	397
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	398
IV.- La solución del caso	398
SENTENCIA:	401
34- SAROME. 04-10-19.	402
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcSarome.pdf	402
Lex: Art. 45 y 84, 2° del C.P.	402

Vox: Homicidio culposo agravado. Inhabilitación especial. Vehículos Automotores.....	402
Summa:	402
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio. (Licencia)	402
Fallo	403
I.- La resolución recurrida	403
II.- El Recurso de casación de la defensa	404
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	406
IV.- La solución del caso	407
SENTENCIA:	410
35- MANTOVANI. 10-10-19.	411
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcMDM.pdf	411
Lex: Art. 92 en función con los arts. 90 y 80 inc. 1° del CP. Art. 474 del CPP.	411
Vox: VG. Lesiones graves dolosas agravadas. Relación de pareja. Relato de la víctima. Traslado con el auxilio de la fuerza pública. Cuestionamiento de la espontaneidad. Prohibición de doble valoración. Valoración de la prueba. Violencia de género.	411
Summa:	411
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia)	411
Fallo	412
1.- La resolución recurrida	412
2.- Recurso de casación.....	413
3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal	415
4.- La solución del caso	415
36- ESQUIVEL. 10-10-19.	424
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcEsquivel.pdf	424
Lex: Art. 79 y 41 bis CP. Art. 416, inc. 4°, 474 del CPP.	424
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Autoría. Arbitrariedad.	424
Summa:	424
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (licencia). Palermo.	424
Fallo	425
1.- La resolución recurrida	425
2.- El recurso de casación.....	426
3.- El dictamen del Procurador General.....	427
4.- La solución del caso	428
SENTENCIA:	432
37- BIASORI. 25-10-19.	433

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FyQcBiasori.pdf	433
Lex: Art. 84 del CP. Art. 416 inc. 4, 486, 474, 414 y 399del CPP. Art. 2 y 3 Ley 8008. Art. 1113 CC.	433
Vox: Homicidio culposo. Garantía de imparcialidad. Nulidad. Nuevo juicio. Responsabilidad indirecta. Factor de atribución. Actor civil. Demandado Civil. Principio de unidad de actuación.....	433
Summa:	433
SCJM. Dres.: Valerio. Nanclares. Palermo.	434
Fallo	435
1.- La sentencia recurrida.....	435
2.- Recurso de casación deducido por el civilmente demandado	436
3.- Recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal.....	436
4.- Recurso de casación deducido por el representante de los querellantes y actores civiles	437
5.- Dictamen del señor Procurador General	439
6.- La solución del caso	439
SENTENCIA	443
38- MOLINA GOMEZ. 30-10-19.	444
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191030_FcMolina.pdf	444
Lex: Art. 79 y 41 bis, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP.	444
Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Amenazas agravadas. Arma impropia. Legítima defensa. Error en los presupuestos de una causa de justificación. Exceso en la legítima defensa. Idoneidad de la amenaza. Non bis in idem. Dolo homicida.....	444
Summa:	444
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro (Licencia). Valerio.	445
Fallo	446
I.- Sentencia recurrida.....	446
II.- Recurso de casación.....	447
III.- Dictamen del señor Procurador General	447
IV.- La solución del caso	448
SENTENCIA:	453
39- LUQUE. 07-11-19.	454
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcLuque.pdf	454
Lex: Art. 79 CP. Ley 26485. CDN. Art. 474. Convención Belem Do Pará.	454
Vox: Homicidio Simple. Valoración de la prueba. Prueba testimonial. Violencia de género. Determinación de la pena. NNA.	454
Summa:	454
SCJM. Dra. Orbelli. Dra. Isuani. Dr. Llorente (Licencia).	455

Fallo	456
1.- La sentencia recurrida.....	456
2.- El recurso de casación de la defensa del imputado.....	456
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	458
4.- La solución del caso.....	458
SENTENCIA:.....	464
40- ORTEGA MOLINA. 20-11-19.	466
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FyQcOMC.pdf	466
Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. Art. 475, 477 en función del art. 476 inc. 2° y 478 inc. 1° del CPP. Art. 8.2 CADH.....	466
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba. Sana crítica racional. Fundamentación.....	466
Summa:	466
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.....	466
Fallo	467
1.- La resolución recurrida.....	467
2.- Recurso de casación.....	468
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	468
4.- Audiencia de informe oral.....	469
5.- La solución del caso.....	469
SENTENCIA:.....	476
41- ARAYA y ot. 02-12-19.	477
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191202_FcAraya.pdf	477
Lex: Art. 55, 56 y 58 del CP. Arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza. Art. 511 del CPP.	477
Vox: Homicidio. Unificación de pena. Prisión perpetua. Fundamentación.....	477
Summa:	477
SCJM. Dres.: Valerio. Garay. Miquel.....	478
Fallo	479
1.- La sentencia recurrida.....	479
2.- El recurso de casación de la defensa de Marcelo Araya.....	479
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	480
4.- La solución del caso.....	480
SENTENCIA:.....	484
42- GOMEZ. 12-12-19.	485
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcGAC.pdf	485

Lex: Art. 80 inc. 1° y 11°, 54 y 42 del CP. Art. 155 del CPP. Ley 26485.	485
Vox: Homicidio agravado. Tentativa. Relación de pareja. Violencia de género. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Valor de la denuncia.	485
Summa:	485
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	485
Fallo	486
I.- La sentencia recurrida.....	486
II.- El recurso de casación.....	486
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	487
IV.- La solución del caso	488
43- ENCINA. 19-12-19.	490
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcEncina.pdf	490
Lex: Art. 79, 41 bis, 149 ter. inc. 1°, 1° supuesto y 54 del CP.....	490
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Concurso ideal. Coacciones agravadas. Valoración de la prueba.	490
Summa:	490
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	490
Fallo	491
1.- Sentencia recurrida.....	491
2.- Recurso de casación.....	491
3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General.....	492
4.- La solución del caso	492
SENTENCIA	494
44- RAMOS FORNES. 20-12-19.	495
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRamos.pdf	495
Lex: Art. 79, 89, 92 en función con el art. 80 inc. 8° y 45 del CP	495
Vox: Homicidio simple agravado. Lesiones leves dolosas agravadas. Calidad del sujeto pasivo.	495
Summa:	495
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	495
Fallo	496
1.- Sentencia recurrida.....	496
2.- Recurso de casación.....	496
3.- Dictamen del Procurador General	497
4.- Audiencia oral	497
5.- La solución del caso	497

SENTENCIA:	500
45- ROLDAN. 20-12-19.	502
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf	502
Lex: Art. 79 y 41 bis del CP.	502
Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Unidad de la prueba. Querellante particular. Nulidad.	502
Summa:	502
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. g.....	503
Fallo	504
1.- Resolución recurrida	504
2.- Recurso de casación.....	504
3.- Dictamen del señor Procurador General	506
4.- La solución del caso	506
SENTENCIA:	509
46- CHACON MOYANO. 23-12-19.	510
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf	510
Lex: Art. 80 inc. 6°, 41 bis, 79 del CP. Art. 391, 399, 486 del CPP. Acordada N°29051. Art. 38 de la Ley 9106.	510
Vox: Homicidio agravado. Concurso premeditado de dos o más personas. Arma de fuego. Coautoría. Garantía de imparcialidad. Abogado de confianza. Normas constitutivas y accesorias-no constitutivas-. Delitos mala quia prohibita. Cambio de calificación. Juicio de Cesura. Nulidad. Nuevo juicio. Objeto de la impugnación como límite de la jurisdicción. Prisión perpetua.	510
Summa:	510
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia).....	510
Fallo	511
1.- La resolución recurrida	512
2.- Recurso de casación interpuesto por la defensa de Rodolfo Marcelo Peralta Ávila	512
3- Recurso de casación interpuesto por la defensa de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Jonathan Alberto Parodi Chacón	513
4.- Dictamen del señor Procurador General	515
4.- Audiencia de informe oral	516
5.- La solución del caso	517
SENTENCIA:	544
CAPITULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones. Abuso de armas.	548
1- GONZALEZ. 12-03-19.	548

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcGAE.pdf	548
Lex: Arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11°, art 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Arts. 4 y 5 de la ley 26.485. Art. 149 ter, inc. 1°, 1° supuesto del CP.....	548
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Coacciones agravadas. Arma de Fuego. Valoración probatoria. Principios de la sana crítica racional, la lógica, la experiencia y la psicología. In dubio pro reo. Violencia de género. Concurso real.....	548
Summa:	548
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	549
Fallo:	550
1.- La sentencia recurrida.....	550
2.- Recurso de casación.....	551
3.- Dictamen del señor Procurador General	551
4.- La solución del caso	552
SENTENCIA	557
2- JOSÉ. 12-03-19.	559
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=17	559
Lex: Art. 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP. Art. 16 y 31 Ley 26485.	559
Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Testimonio de la víctima. Vínculo. Violencia de género.....	559
Summa:	559
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Garay.	559
Fallo:	560
I.- Sentencia recurrida.....	560
II.- Recurso de casación.....	560
III.- Dictamen del señor Procurador General	561
IV.- La solución	561
SENTENCIA:	564
3- BIANCHI CIACERA. 28-03-19.	566
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190328_FcBCL.pdf	566
Lex: Art. 90, 76 Bis del CP.....	566
Vox: SJP. Lesiones. Rechazo de suspensión de juicio a prueba. Incidente de Nulidad.	566
Summa:	566
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	566
Fallo:	567
1.- Resolución recurrida	567
2.- Recurso de casación.....	567

3.- Dictamen del señor Procurador General	568
4.- La solución	568
SENTENCIA	571
4- MONTIVERO. 30-04-19.	572
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190430_FcMnw.pdf	572
Lex: Art. 89. 80 inc. 1° y 11°, 92, 34 inc. 1° y 58 del CP.	572
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Unificación de pena. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Circunstancias atenuantes. Violencia de género.	572
Summa:	572
Resolución cuestionada: Sentencia N° 4824, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.	572
Precedentes citados	572
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Llorente.	572
Fallo.	573
1.- Sentencia recurrida	573
2.- Recurso de casación	574
3.- Dictamen del señor Procurador General	574
4.- Solución del caso	574
SENTENCIA:	578
5- LEIVA. 07-05-2019.	579
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=46	579
Lex: Art. 89 y 92 en función con el art. 80 inc. 1° del CP.	579
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja.	579
Summa:	579
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	579
Fallo:	580
1.- Sentencia recurrida	580
2.- Recurso de casación	580
3.- Dictamen del señor Procurador General	581
4.- Solución del caso	581
SENTENCIA:	583
6- ARAVENA ARROYO. 07-05-19.	584
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=48	584
Lex: Art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° del CP.	584
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja.	584
Summa:	584

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	584
Fallo:	585
1.- Resolución recurrida	585
2.- Recurso de casación.....	585
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	586
4.- Solución del caso.....	586
SENTENCIA:	588
7- FURNARI SOSA. 16-05-19.	589
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=58	589
Lex: Art. 105, 80 inc. 9°, 293, 55 del CP.	589
Vox: Abuso de armas agravado. Miembro integrante de las fuerzas policiales. Falsedad ideológica. Concurso real. Inhabilitación especial para cargo público.....	589
Summa:	589
Precedentes citados:	589
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	589
Fallo:	590
I.- Sentencia recurrida.....	590
II.- Recurso de casación interpuesto en favor de Javier Oscar Pereyra Carballo.....	591
III.- Recurso de casación interpuesto en favor de Sergio Ivan Furnari Sosa	592
IV.- Dictamen del Procurador General.....	594
V.- La solución del caso	594
SENTENCIA:	598
8- CEJAS REVECO. 16-05-19.	600
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcCRIG.pdf	600
Lex: Art. 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP. Ley 26485.....	600
Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Amplitud probatoria. Perspectiva de género. Ciclo de violencia.	600
Summa:	600
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	600
Fallo:	601
I.- Sentencia recurrida.....	601
II.- Recurso de casación.....	601
III.- Dictamen del señor Procurador General	602
IV.- La solución del caso	603
SENTENCIA:	605

9- DEVIA GONZALEZ. 16-05-19.	607
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=64	607
Lex: Art. 94, 2° párrafo y 90 en función con el art. 84 del CP. Art. 2 del CPP.	607
Vox: Lesiones. Querellante. Casación. Absolución. Beneficio de la duda. Valoración de la prueba. Falta de motivación y fundamentación del recurso. Improcedencia formal. Principio de razón suficiente.	607
Summa:	607
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.	607
Fallo:	608
I.- Sentencia recurrida.....	608
II.- Recurso de casación.....	609
III.- Dictamen del señor Procurador General	609
IV.- La solución del caso	609
SENTENCIA:	611
10- GARAY AGUEROS. 16-05-19.	613
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcGaray.pdf	613
Lex: Art. 89 CP. Art 67 CP.....	613
Vox: Lesiones. Prescripción. Actos interruptivos. Comisión de nuevo delito. Violación de las reglas de concurso no modifica causales de interrupción de la prescripción.....	613
Summa:	613
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	613
Fallo:	614
I.- Sentencia recurrida.....	614
II.- Recurso de casación.....	614
III.- Dictamen del señor Procurador General	615
IV.- La solución del caso	615
SENTENCIA:	616
11- EFIMECO SUAREZ. 12-06-19.	617
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcEfimenco.pdf	617
Lex: Art 89, 55, 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP.	617
Vox: Lesiones leves dolosas. Amenazas. Concurso Real.....	617
Summa:	617
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia).	617
Fallo:	618
1.- Sentencia recurrida.....	618

2.- Recurso de casación.....	618
3. Audiencia de informe oral.....	619
4.- Dictamen del Procurador General	619
5.- La solución del caso	619
SENTENCIA:	620
12- SABEZ ARTOLA. 08-08-19.	621
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcSabez.pdf	621
Lex: Art. 26 y 94 bis del CP. Arts. 45, 48 inc. b), 50 y 53 de la Ley 6082.	621
Vox: Lesiones culposas graves. Señalización de semáforos. Vehículo automotor. Deber de cuidado. Riesgo.....	621
Summa:	621
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	621
Fallo:	622
1.- Sentencia recurrida.....	622
2.- Recurso de casación.....	623
3.- Dictamen del Procurador General	624
4.- La solución del caso	624
SENTENCIA:	627
13- MC GARRY. 14-08-19.	628
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcMGB.pdf	628
Lex: Art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Arts. 2, 3, 26 y 29 de la Ley 26485.	628
Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Violencia de Género. EPI. Informe. Nulidad.	628
Summa:	628
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	628
Fallo:	629
I.- La resolución recurrida	629
II.- El recurso de casación.....	630
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	631
IV.- La solución del caso	631
SENTENCIA:	636
14- REYES. 14-11-19.	638
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191114_FcRCA.pdf	638
Lex: Arts. 89, 20, 20 bis, 59, inc. 3°; 62, inc. 2°; 63 y 77 del CP. Ley Nacional 25188 de Ética Pública. Art. 11, inc. a) del Estatuto del Empleado Público y cc del Estatuto Docente.....	638

Vox: VG. Lesiones. Prescripción. Funcionario Público. Inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos. Plazo razonable. Violencia de género.....	638
Summa:	638
SCJM. Dres.: LLorente. Orbelli. Isuani.....	639
Fallo:	640
1.- La sentencia recurrida.....	640
2.- El recurso de casación de la defensa técnica de C. A.	641
3.- Dictamen del señor Procurador General	642
4.- La solución del caso	642
SENTENCIA:	647
15- MARTINEZ. 20-11-19.	648
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcMF.pdf	648
Lex: Art. 94, 55, 89 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.	648
Vox: Lesiones leves culposas. Amenazas simples. Motivación de la sentencia. Principio de congruencia. Sana crítica. Sentencia nula. Método de la inclusión mental hipotética. Nuevo debate.	648
Summa:	648
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	649
Fallo:	650
1.- Resolución recurrida	650
2.- Recurso de casación.....	650
3.- Dictamen del señor Procurador General	651
4.- La solución del caso	651
SENTENCIA:	653
16- MORALES. 12-12-19.	655
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcMorales.pdf	655
Lex: Art. 89, 92 y 80 inc. 1, 55, y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 474 del CPP.....	655
Vox: Lesiones leves dolosas calificadas. Relación de pareja preexistente. Concurso real. Amenazas simples. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar	655
Summa:	655
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro. (Licencia)	655
Fallo:	656
I.- La resolución recurrida	656
II.- El recurso de casación.....	657
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	658

IV.- La solución del caso	659
SENTENCIA	662
CAPITULO III. DELITOS CONTRA EL HONOR.....	664
1- RIVAS GATTARI. 15-05-19.	664
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_QuerellaRivas.pdf	664
Lex: Art. 109, 59, 62, 67 del CP. Art. 353, 373 del CPP.	664
Vox: Calumnias. Delitos de acción privada. Causales de suspensión del curso de la prescripción. .	664
Summa:	664
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	664
Fallo:	665
I.- Resolución recurrida	665
II.- Recurso de casación.....	665
III.- La solución del caso	666
SENTENCIA:	668
CAPITULO IV. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso.....	672
1- ESTRADA. 07-02-19.	672
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=5	672
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Robo agravado. Concurso real. Régimen penal de menores. Período tutelar. Escala de la tentativa. Determinación de la pena. Recurso de revisión. Taxatividad.	672
Summa:	672
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro (Licencia).	675
Fallo	676
I.- Sentencia recurrida.....	676
II.- El recurso de casación.....	677
III.- Dictamen del señor Procurador General	677
IV.- La solución	678
SENTENCIA:	681
2- RUIZ. 18-02-19.	682
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf	682
Lex: Art. 110, 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto y 26 del CP. Ley 26485.	682
Vox: VG. Abuso sexual. Absolución parcial. Amenazas simples. In dubio pro reo. Perspectiva de género. Errónea valoración de la prueba. Nulidad.	682
Summa:	682
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.....	682

Fallo	683
I.- Sentencia Recurrída	683
II.- Recurso de Casación	684
III.- Dictamen del Señor Procurador General.....	684
IV.- La solución	684
SENTENCIA	692
3- OLIVA. 28-02-19	693
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcOCJ.pdf	693
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, apartado b) del CP; 474 inc. 2 del CPP; arts. 8 y 25 de la CADH; art. 31 ley 26485.....	693
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Certeza para condenar. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba. Declaración contradictoria de la presunta víctima de autos. Reconstrucción de la verdad real basada en prueba subjetiva. Ausencia de rastros del delito. Juzgamiento con Perspectiva de Género.....	693
Summa:	693
SCJM. Dres. Valerio. Palermo. Adaro.	694
Fallo	695
1.- Sentencia recurrida.....	695
2.- Recurso de casación.....	695
3.- Dictamen del señor Procurador General	696
4.- Solución del caso.....	697
SENTENCIA	703
4- MERLO DONAIRE. 08-03-19.	704
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf	704
Lex: Art. 18 y 19 de la CN; 119 3° y 4° párrafo, letra b y f, 55, 119 4° párrafo, inc. b, d y f, 149 bis, 2° párrafo, 55 y 41 del C.P.; 474 inc. 2°, 206 y 416 inc. 4° del CPP.	704
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Convivencia. Arbitraria valoración de la prueba. Discrepancia de criterios sobre la valoración de la Prueba. Indeterminación de la Plataforma fáctica. Derecho Penal de autor. Ausencia de valoración en la declaración del imputado y testigos. Violación del Principio de Legalidad. Individualización de la Pena. Ausencia de Fundamentación.....	704
Summa:	704
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	705
Fallo	706
1.- Sentencia recurrida.....	706
2.- Recurso de casación.....	707
3.- Dictamen del señor Procurador General	709

4.- La solución	710
SENTENCIA:	716
5- DI GARBO. 04-04-19.	717
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190404_FcDGMR.pdf	717
Lex: Art. 119, 1º párrafo, 55, 26 y 29 inc. 3º del CP.	717
Vox: Abuso sexual. Pericia o Informe técnico. Falta de elemento subjetivo. Animus. Consentimiento de la víctima. Concurso real.	717
Summa:	717
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	717
Fallo	718
1.- Resolución recurrida	718
2.- Recurso de casación de la Defensa	719
3.- Dictamen del Procurador General	720
4.- Solución del caso.....	720
SENTENCIA:	726
6- ZAPATA. 10-04-19.	727
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=31	727
Lex: Art. 119, 4º párrafo inc. b) en función del 3º párrafo y 55 del CP.	727
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Concurso real. Unificación de pena. Determinación de la pena. Prohibición de doble valoración.	727
Summa:	727
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	728
Fallo	729
1.- Resolución recurrida	729
2.- Recurso de casación.....	730
3.- Dictamen del señor Procurador General	730
4.- Solución del caso.....	730
SENTENCIA:	732
7- MUR IMPELLIZERI. 10-04-19.	733
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcMIG.pdf	733
Lex: Art. 119, 3º párrafo, 55 y 239 del CP. Ley 26485.Convención Belem Do Pará.	733
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Desobediencia a una orden judicial. Concurso real. Violencia de Género.	733
Summa:	733
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	734

Fallo	735
1.- Resolución recurrida	735
2.- Recurso de casación.....	735
3.- Dictamen del señor Procurador General	736
4.- Solución del caso.....	736
SENTENCIA:	741
8- CORTEZ. 18-03-19.	742
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=33	742
Lex: Art. 119 del CP	742
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Arma blanca. Arma de fuego. Robo agravado. Concurso real. .	742
Summa:	742
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	742
Fallo	743
I.- Resolución recurrida	743
II.- Recurso de casación de la defensa	744
III.- Dictamen del señor Procurador General	745
IV.- Solución del caso	746
SENTENCIA:	749
9- GONZALEZ. 02-05-19.	750
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGRJA.pdf	750
Lex: Arts. 119, 2º párrafo, en función 4º párrafo incs. b y f; art. 92 en función del arts. 89 y 80 incs. 1º y 11º, art. 89 y art. 55 del CP.....	750
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia preexistente. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real.....	750
Summa:	750
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	751
Fallo	752
I.- Resolución recurrida	752
II.- Recurso de casación de la querella.....	754
III.- Recurso de la defensa	755
IV.- Dictamen del señor Procurador General	757
IV.- Solución del caso	758
SENTENCIA:	764
10- SANTANDER. 03-05-19.	766
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcSLA.pdf	766

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55, 119, 2° y 4° párrafos inc. b), del CP, arts. 2, 206 y 416 inc. 4 del CPP. Art. 18 de la CN. Convención sobre los Derechos del Niño. Ley Nacional 26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.	766
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Vínculo. Nuevo juicio. Valoración de la prueba. Nulidad.	766
Summa:	766
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	767
Fallo	768
1.- Resolución recurrida	768
2. Recurso de casación.....	769
3.- Dictamen del Procurador General	769
4.- Solución del caso.....	770
SENTENCIA:	775
11- TORO. 15-05-19.	776
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcTMN.pdf	776
Lex: Art. 119, 3° párrafo y 12 del CP.	776
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Fundamentación. Sana crítica racional. Violencia de género. Testimonio de la víctima.	776
Summa:	776
Fallo	778
1.- Sentencia recurrida.....	778
2.- Recurso de casación.....	778
3.- Dictamen del Procurador General	779
4.- La solución del caso	779
SENTENCIA:	781
12- LUENGO. 16-05-19.	782
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcLCJF.pdf	782
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP, Art. 416 inc. 4 CPP. Ley 26.485.....	782
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Testimonio de la víctima. Recurso de casación.	782
Summa:	782
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	783
Fallo	784
I.- Sentencia recurrida.....	784
II.- Recurso de casación.....	785

III.- Dictamen del Procurador General	786
IV.- La solución del caso	786
SENTENCIA:	789
13- SALDIVAR. 16-05-19.	790
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcSRS.pdf	790
Lex: Art. 40, 41, art. 119, 4° párrafo, incs. “a” y “f” CP y 416, inc. 4°, 474 inc. 2° del CPP.	790
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Daño en la salud. Convivencia. Concurso Real. Amenaza. Valoración de la prueba. Sana crítica racional. Testigo indirecto. Fundamento del monto de la pena.....	790
Summa:	790
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	791
Fallo	792
1.- La resolución recurrida	792
2.- El recurso de casación.....	793
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	794
4.- La solución del caso	794
SENTENCIA:	804
14- CALDERON POLO. 17-05-19.	805
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf	805
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP, 474 inc. 2, 411 inc. 2 y 416 inc. 4 del CPP.....	805
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso Carnal. Lesiones. Nulidad. Principio de congruencia. Valoración de la prueba. Violencia de género.	805
Summa:	805
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	805
Fallo	806
1.- La sentencia recurrida.....	806
II.- Recurso de casación.....	806
III. Dictamen del señor Procurador General	807
IV- La solución del caso	808
SENTENCIA:	812
15- ARIAS. 17-05-19.	813
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcAMR.pdf	813
Lex: Art. 119, 1° párrafo, inc. e) último apartado CP; art. 18 CN; arts. 197, 198 inc. 3, 474 incs. 1° y 2° , 103 y 108 del CPP (ley 1908).....	813

Vox: Abuso sexual. Agravante por la función. Nulidad. Defensa en Juicio. Derecho a elegir defensor.	813
Summa:	813
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	814
Fallo	815
1.- La resolución recurrida	815
2.- Recurso de casación.....	816
3.- Dictamen del señor Procurador General	816
4.- La solución del caso	816
SENTENCIA:	818
16- MUÑOZ. 21-05-19.	820
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190521_FcMGR.pdf	820
Lex: Art. 119, 1° párrafo, en función del 4° párrafo, inc. f del CP, Art. 16 de la ley 26.485, Arts. 416, 557, 558 y concordantes CPP.....	820
Vox: VG. Abuso sexual. Agravante por la edad. Agravante por la convivencia preexistente. Absolución por la duda. Sana crítica racional. Violencia de Género.	820
Summa:	820
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	820
Fallo	821
I.- La resolución recurrida	821
II.- El recurso de la defensa	822
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	823
IV.- La solución del caso	823
SENTENCIA:	826
17- CARBAJAL. 23-05-19.	827
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcCDG.pdf	827
Lex: Art. 119, 3° párrafo tercero en función del 1° párrafo, 55 y 239; 164, 42 del CP.	827
Vox: Abuso sexual. Violencia de Género. Desobediencia. Robo Simple. Tentativa	827
Summa:	827
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	828
Fallo	829
1.- Resolución recurrida	829
2.- Recurso de casación.....	829
3.- Dictamen del señor Procurador General	830
4.- La solución del caso	830

SENTENCIA:	833
18- PACHECO GATICA. 12-03-19.....	835
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcPGS.pdf	835
Lex: Art.125, 2° párrafo; 149 bis, 1° párrafo; 119, 2° y 3° párrafo y puntos b) y f); art. 55 del CP. ...	835
Vox: VG. Amenazas; Corrupción de menores; Abuso sexual, Capacidad porcesal del Fiscal, Valoración de la prueba, Motivación, Fundamentación, Pena de cumplimiento domiciliario; Violencia de género, Perspectiva de género, Concurso real.	835
Summa:	835
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	836
Fallo:	837
1.- La resolución recurrida	837
2. El recurso de casación	838
3.- El dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General	841
4.- La solución del caso	841
SENTENCIA:	859
19- SOSA. 29-05-19.....	860
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190529_FyQcSTE.pdf	860
Lex: Art. 119, 2° párrafo, en función con el 4° párrafo, incs. b) y f), art. 55 y art. 29 inc. 3° del CP. .	860
Vox: ASI. Gravemente Ultrajante. Convivencia preexistente con menor de 18 años. Vínculo de parentesco. Vicios In Procedendo. Principio de Congruencia.	860
Summa:	860
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	861
Fallo.	862
I.- La resolución recurrida	862
II.- El recurso de la defensa	863
III.- El dictamen del señor Procurador General	864
IV.- La solución del caso	865
SENTENCIA:	870
20- VERA MORALES. 06-06-19.....	871
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190606_FcVMJ.pdf	871
Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Art. 298 del CPP. Ley 24660. Ley 8465.	871
Vox: Abuso sexual simple. JAI cuestionado. Prisión domiciliaria. Competencia. Ejecución.....	871
Summa:	871
SCJM. Dres.: Valerio. Garay. Adaro (Licencia).	871
Fallo.	872

1.- Sentencia recurrida.....	872
2.- Recurso de casación.....	872
3.- Dictamen del Procurador General	872
4. Informe de audiencia in voce.....	872
5.- La solución del caso	873
SENTENCIA:	875
21- MAUTINO HERRERA. 12-06-19.....	876
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcMHA.pdf	876
Lex: Art. 120 en fc. con el art. 119, 3° y 4° párrafos inc. e del CP.....	876
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Calidad del sujeto activo. Policía.	876
Summa:	876
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.....	877
Fallo.....	878
I.- Sentencia recurrida	878
II.- Recurso de casación	879
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	879
IV.- La solución del caso	880
SENTENCIA:.....	884
22- RIVEROS CORTEZ. 13-06-19.....	885
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcRCD.pdf	885
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125, 2° párrafo del CP	885
Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Dos o más personas. Corrupción de menores agravada. Encargado de la guarda. Valoración de la prueba.....	885
Summa:	885
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	886
Fallo.....	887
1.- Sentencia recurrida.....	887
2.- Recurso de casación.....	888
3.- Dictamen del señor Procurador General	889
4.- La solución del caso	890
SENTENCIA:	898
23- VILLEGAS GIMENEZ. 18-06-19.....	899
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190618_FcVGS.pdf	899
Lex: Art. 119, 2° párrafo, inc. b del CP.	899
Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente Ultrajante. Calidad del sujeto activo.	899

Summa:	899
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	900
Fallo	901
1.- Sentencia Recurrída	901
2.- Recurso de casación.....	901
3.- Dictamen del señor Procurador General	902
4.- La solución del caso	902
SENTENCIA:	906
24- LUNA. 25-06-19.	908
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcLEB.pdf	908
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. b, del C.P.; y arts. 353 inc. 5° del C.P.P. -ley 6730	908
Vox: VG. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Cámara Gesell	908
Summa:	908
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.	908
Fallo	909
I.- La resolución recurrida	909
II.- El recurso de casación.....	910
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	910
V.- La solución del caso	911
SENTENCIA:	918
25- CENTORBI. 26-06-19.	919
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcCBG.pdf	919
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f del CP	919
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia. Delito continuado.	919
Summa:	919
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro	920
Fallo	921
1.- Sentencia recurrida.....	921
2.- Recurso de casación.....	922
3.- Dictamen del Procurador General	922
4.- Audiencia de informe oral	923
5.- La solución del caso	923
SENTENCIA:	928
26- DI CESARE MORALES. 26-06-19.	930

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf	930
Lex: Art. 89, en función con los arts. 92, 80 inc. 1° y arts. 29 del CP.	930
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Arma. Amenazas. Lesiones leves dolosas. Retracción. Absolución parcial. Nulidad.	930
Summa:	930
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	931
Fallo	932
I.- Sentencia recurrida.....	932
II.- Recurso de casación.....	932
III.- Dictamen del señor Procurador General	933
IV.- La solución del caso	933
SENTENCIA:	938
27- LARRUE. 05-07-19.	939
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FcLMJ.pdf	939
Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con 4° párrafo inciso b) y f) del CP.	939
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual agravado. Ascendiente. Convivencia.	939
Summa:	939
SCJM. Dres.: Nanclares. Palermo (Licencia). Adaro.....	940
Fallo	941
1- Sentencia recurrida.....	941
2.- El recurso de casación.....	941
3.- El dictamen del señor Procurador General.....	942
4.- La solución del caso	943
SENTENCIA:	948
28- AGUILERA. 01-08-19.	949
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190801_FcATE.pdf	949
Lex: Art. 119, 3° párrafo en función del 1° párrafo del CP; 206, 409, 416 inc. 4°, 474 incs. 1° y 2° CPP. Convención Belem Do Pará. Ley 26485.	949
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso Carnal. Violencia de género. Valoración probatoria con perspectiva de género.	949
Summa:	949
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	950
Fallo	951
1.- Resolución recurrida	951
2. El recurso de casación.....	952

3.- El dictamen del Procurador General.....	952
4.- La solución del caso	953
SENTENCIA:	957
29- QUIROGA. 18-03-19.	959
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcQPA.pdf	959
Lex: Art. 119, 4° párrafo, inc. f, art. 119, 2° párrafo en función del párrafo 3°, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP; arts. 198, 201 inc. 1°, 240 bis, 255, 367, 368, 415 y concs., 557, 558 del CPP; Ley 26.485; Convención de Belem Do Pará; CEDAW; arts. 8 y 25 CADH.	959
Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Abuso sexual con acceso carnal. Situación de convivencia preexistente. Concurso real. Abuso sexual infantil (A.S.I.). Transversalidad de la violencia de género. Estándares internacionales en la valoración probatoria. Debida diligencia. Acceso de la justicia. Cámara Gesell. Nulidad absoluta y relativa.....	959
Summa:	959
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	960
Fallo	961
I.- La resolución recurrida	961
II.- El recurso de la defensa	962
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	962
IV.- La solución del caso	963
SENTENCIA:	967
30- RUIZ ROJAS. 09-08-19.	968
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190809_FcRRC.pdf	968
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	968
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de testimoniales.	968
Summa:	968
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	968
Fallo	969
1.- Sentencia recurrida.....	969
2.- Recurso de casación.....	969
3.- Dictamen del Procurador General	970
4.- La solución del caso	970
SENTENCIA:	974
31- GALLARDO LOPEZ. 14-08-19.	976
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcGLP.pdf	976
Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función del 4° párrafo letras b) y f), 12 y 29 inc. 3 del CP y 408, 409, 411, 415 y cc. del CPP. CDN. Convención Belém Do Pará.....	976

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Convivencia.	976
Summa:	976
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	977
Fallo	978
1.- Sentencia recurrida.....	978
2.- Recurso de casación.....	979
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	979
4.- La solución del caso	980
SENTENCIA:	989
32- LUCERO RAMIREZ. 20-08-19.	990
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf	990
Lex: Art. 119, 3° párrafo y 4° párrafo inc. b) y art. 55 del CP, arts. 351, 352, 353 inc. 4° y 354 del CPP	990
Vox: Abuso sexual. Sobreseimiento. Querellante.	990
Summa:	990
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	990
Fallo	991
I.- La resolución recurrida	991
II.- El recurso de la querrela particular	992
III. El dictamen del señor Procurador General.....	992
IV.- La solución del caso	993
SENTENCIA:	995
33- OJEDA PEREZ. 18-03-19.	996
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf	996
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	996
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal.....	996
Summa:	996
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	997
Fallo	998
I.- Sentencia recurrida.....	998
II.- Recurso de casación.....	998
III.- Dictamen del Procurador General	1000
IV.- La solución del caso	1000
SENTENCIA:	1010
34- CAZORLA. 03-09-19.	1011

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190903_FcCMJ.pdf	1011
Lex: Art. 59 inc. 3, 62 inc. 2, 77, 67, 2° párrafo y 119 1 párrafo del CP; y arts. 353 inc. 4, 373 y concordantes del CPP. Art. 1° de la ley 25.188. Convención Interamericana Contra la Corrupción (incorporada por ley 24759). Convención Belém Do Pará.....	1011
Vox: VG. Abuso sexual simple. Prescripción. Nulidad. Función pública. Funcionario público.	1011
Summa:	1011
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1011
Fallo	1012
I.- La resolución recurrida	1012
II.- El recurso del Ministerio Público Fiscal.....	1013
III.-El dictamen del Señor Procurador General	1014
IV.- La solución del caso	1014
SENTENCIA:	1018
35- GALDEANO ARAUJO. 18-03-19.	1019
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189	1019
Lex: Art. 119, 1° y 2° párrafo y 55 del CP. Ley 25087. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Belem Do Pará» y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW, como también lo dispuesto en la Ley 26485. Art. 2 del CPP. Art. 240 bis del CPP.	1019
Vox: Abuso sexual. Violencia de género. Determinación de la pena. Valoración probatoria. Agravante de la Guarda. Cámara Gesell. Consentimiento. derecho de defensa. Credibilidad y fabulación en los niños.....	1019
Summa:	1019
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1021
Fallo	1022
1.- La sentencia recurrida.....	1022
2.- El recurso de casación de la defensa de H. G.	1023
3.- Dictamen del Procurador General	1025
4.- La solución del caso	1025
SENTENCIA:	1035
36- PEREZ. 19-09-19.	1036
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190919_FcPE.pdf	1036
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo inc. b); 189 bis, 2° apartado 1° párrafo y 55 del CP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará. CEDAW. Arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	1036

Vox: VG. Abuso sexual. Valoración de la prueba. examen del acusado. Exámenes psicológicos de las menores. Declaraciones testimoniales de las víctimas. Derecho de defensa. Violencia de género. Valoración de testimoniales. Nulidades.	1036
Summa:	1036
Resolución cuestionada: Sentencia N° 525, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.	1036
Precedentes citados	1036
SCJM. Dres.: Llorente. Adaro. Palermo (Licencia)	1037
Fallo	1038
1.- Sentencia recurrida.....	1038
2.- Recurso de casación.....	1039
3.- Dictamen del Procurador General	1039
4.- La solución del caso	1039
SENTENCIA	1043
37- FERNANDEZ. 26-09-19.	1045
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190926_FcFSL.pdf	1045
Lex: Art. 119, 3° párrafo y 42 del CP. Art. 416 inc. 3 y 4, 463 del CPP. Art. CPP. Ley 26485.....	1045
Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa. Recurso de reposición in extremis. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima. Monto de la pena. Violencia de género. Doble condición de vulnerabilidad. Perspectiva de género.	1045
Summa:	1045
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Llorente.....	1047
Fallo	1048
I.- Sentencia recurrida.....	1049
II.- Recurso de casación.....	1049
III.- Dictamen del señor Procurador General	1051
IV.- La solución del caso	1051
SENTENCIA:	1057
38- NAVARRO. 15-10-19.	1059
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191015_FcNNF.pdf	1059
Lex: Art. 495 inc. 4 y 5 del CPP. Art. 144 inc. 9° de la Constitución de la Provincia.....	1059
Vox: VS. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Recurso extraordinario de revisión.	1059
Summa:	1059
Fallo	1060
1.- Sentencia recurrida.....	1060
2.- Recurso de revisión.....	1060

3.- Dictamen del Procurador General	1061
4.- La solución del caso	1061
SENTENCIA:	1063
39- HORWITZ. 18-03-19.	1064
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcHGP.pdf	1064
Lex: Art. 474, 475, 476, 477 y 480 del CPP. 119, 1° párrafo en función del 5° párrafo, letra b del CP.	1064
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual Simple Agravado por el Vínculo. Valoración probatoria. Relato de menor en Cámara Gesell.....	1064
Summa:	1064
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	1065
Fallo	1066
1.- Sentencia recurrida.....	1066
2.- Recurso de casación.....	1066
3.- Dictamen del Fiscal Adjunto de la Procuración General.....	1067
4.- La solución del caso	1068
SENTENCIA	1074
40- W.M.J.A. 25-10-19.	1075
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcWMJ.pdf	1075
Lex: Art. 474 del CPP. Art. 119, 1° párrafo del CP.....	1075
Vox: VG. Abuso sexual Simple. Abuso deshonesto. Valoración de la prueba. Prueba indiciaria. Indicios. Relato de la víctima. Situación de vulnerabilidad. Perspectiva de género. Violencia de género.....	1075
Summa:	1075
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro (Licencia). Palermo.	1076
Fallo	1077
I.- Sentencia recurrida.....	1077
II.- Recurso de casación.....	1077
III.- Dictamen del señor Procurador General	1078
IV.- La solución del caso	1078
SENTENCIA:	1082
41- CORONEL CARRIZO. 25-10-19.	1083
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcCCR.pdf	1083
Lex: Art. 119, 3° párrafo, 42, 55, 89 y 92 en función del art. 80 inc. 1° y 11° del CP.	1083

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Tentativa. Lesiones leves dolosas agravadas. Violencia de género. Concurso real. Testigo único. Desobediencia.....	1083
Summa:	1083
Resolución cuestionada: Sentencia N° 391, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.....	1083
SCJM. Dres.: Palermo . Adaro (Licencia). Valerio.	1083
Fallo	1084
I.- Sentencia recurrida	1084
II.- Recurso de casación.....	1084
III.- Dictamen del señor Procurador General	1085
IV.- La solución del caso	1085
SENTENCIA:	1089
42- FERRADA. 07-11-19.	1090
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf	1090
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art 4 y 5 inc. 3 de la ley 26485.	1090
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Violencia de género.....	1090
Summa:	1090
SCJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo.	1091
Fallo	1092
I.- Sentencia recurrida	1092
II.- Recurso de casación	1092
III.- Dictamen del Procurador General	1093
IV.- La solución del caso	1093
SENTENCIA:.....	1099
43- MUÑOZ GARCIA. 07-11-19.	1106
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf	1106
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.....	1106
Summa:	1106
SCJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo.....	1107
Fallo	1108
I.- Sentencia recurrida.....	1108
II.- Recurso de casación.....	1108
III.- Dictamen del Procurador General	1109
IV.- La solución del caso	1110
SENTENCIA:	1116
44- SANTUCCI. 11-11-19.	1117

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191111_FcSCM.pdf	1117
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafos inc. b, f y 55 del CP.....	1117
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo.....	1117
Summa:	1117
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1118
Fallo	1119
1.- Resolución recurrida	1119
2.- Recurso de casación.....	1119
3.- Dictamen del señor Procurador General	1120
4.- La solución del caso	1120
SENTENCIA:	1125
45- MOLINA MARCHAN. 11-11-19.	1126
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191111_FyQcMMJ.pdf	1126
Lex: Art. 119, 3º párrafo del CP.	1126
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Situación de vulnerabilidad.	1126
Summa:	1126
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.....	1126
Fallo	1127
1.- Resolución recurrida	1127
2.- Recurso de casación.....	1127
3.- Dictamen del señor Procurador General	1127
4.- La solución del caso	1128
SENTENCIA:	1132
46- VICIDOMINI. 20-11-19.	1133
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcVSG.pdf	1133
Lex: Art. 127 del CP (Ley 11.179). Art. 125 inc. 1° en función del último párrafo (texto anterior a la Ley 25.087) del CP. Art. 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b y f y 55 del CP. 414 del CPP. Ley 25990.	1133
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Promoción de la corrupción de menores. Agravado por el vínculo. Cambio de calificación. Abuso deshonesto. Prescripción. Extinción de la acción penal. Absolución.	1133
Summa:	1133
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1133
Fallo	1134
1.- Sentencia recurrida.....	1134

2.- Recurso de casación.....	1135
3.- Dictamen del señor Procurador General	1136
4.- La solución del caso	1136
SENTENCIA:	1138
47- PODESTA. 20-11-19.	1139
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcPIP.pdf	1139
Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. d y e del CP. Art. 2 y 412 del CPP.	1139
Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma de fuego y la calidad del autor. Violencia de género. Perspectiva de género. Absolución. Policía. Nulidad.....	1139
Summa:	1139
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Nanclares.....	1140
Fallo	1141
I.- La resolución recurrida	1141
II.- El recurso de casación de la querella.....	1142
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1143
IV.- La solución del caso	1144
SENTENCIA:	1153
48- DE LAS HERAS. 18-03-19.	1154
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FyQcDLH.pdf	1154
Lex: Art. 119, 1° o 2° párrafo del CP.....	1154
Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Delito continuado. Vicios in iudicando. Calificación legal. Nulidad.	1154
Summa:	1154
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1154
Fallo	1155
1.- La resolución recurrida	1155
2.- El recurso de casación de la defensa del acusado	1156
3.- El recurso de casación promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal.....	1157
4.- El dictamen del Procurador General.....	1158
5.- La solución del caso	1159
SENTENCIA:	1165
49- DIAZ BUSTOS. 28-11-19.	1166
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcDBD.pdf	1166
Lex: Art. 119, 2° párrafo y 4° párrafo inc. b y 55 del CP.....	1166

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Vínculo. Testimonio de la víctima. Concurso real.	1166
Summa:	1166
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1166
Fallo	1167
I.- La resolución recurrida	1167
II.- El recurso de casación de la defensa	1168
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1168
IV.- La solución del caso	1168
SENTENCIA:	1170
50- GATICA. 05-12-19.	1171
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191205_FyQcGDA.pdf	1171
Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° y 4° párrafo inc. b y 55 del CP. Art. 8 y 25 DADH....	1171
Vox: VG. NNA. A.S.I.. VS. Abuso sexual simple. Vínculo. Concurso real. Acto jurisdiccional válido. Monto de la pena. Derecho a la verdad.	1171
Summa:	1171
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1172
Fallo	1173
1.- Sentencia recurrida.....	1173
2.- Recurso de casación.....	1173
3.- Dictamen del Procurador General	1174
4.- La solución del caso	1174
SENTENCIA:	1181
51- VAZQUEZ TUMBARELLO. 10-12-19.	1182
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf	1182
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 119, 3° párrafo, 92 en función con el 89 inc. 1° e inc. 11° y 55 del CP. Ley 27499 «Ley Micaela». CEDAW. Belém Do Pará. Ley 26485.....	1182
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Consentimiento de la víctima. Amenazas simples. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. In dubio pro reo. Acto jurisdiccional válido.	1182
Summa:	1182
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1182
Fallo	1183
1.- Sentencia recurrida.....	1183
2.- Recurso de casación.....	1183

3.- Dictamen del Procurador General	1184
4.- La solución del caso	1184
SENTENCIA	1190
52- PUEBLA ARIAS. 12-12-19.	1191
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcPAJ.pdf	1191
Lex: Art. 119 párrafos 1° y 3° en función del 4° párrafo, incs. b) y f), 54 y 55, 59, 62, 63, 67 del CP. Ley 26705. Ley 27206	1191
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Sobresimiento. Apelación. Extinción de la acción penal. Retroactividad de la ley penal. Tutela efectiva. Interés superior del niño. Prescripción. Principio de legalidad. Irretroactividad de la ley penal más gravosa.	1191
Summa:	1191
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1192
Fallo	1193
1.- Sentencia recurrida.....	1193
2.- Recurso de casación.....	1194
3.- Dictamen del señor Procurador General	1195
4.- La solución del caso	1195
SENTENCIA:	1197
53- GONZALEZ. 20-12-19.	1199
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcGFL.pdf	1199
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Ley 26485.	1199
Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Violencia de género.	1199
Summa:	1199
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	1200
Fallo	1201
I.- Sentencia recurrida.....	1201
II.- Recurso de casación.....	1201
III.- Dictamen del Procurador General	1202
IV.- La solución del caso	1203
SENTENCIA:	1209
CAPITULO V. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Corrupción. Tenencia de MASNNA.	1213
1- V.E.R.P.. 14-02-19.	1213
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=4	1213

Lex: Art. 125, 2° párrafo en función con el 3° párrafo, 54, 119 2° párrafo en función con el 4° párrafo inciso b) y 55 del CP.	1213
Vox: Corrupción de menores. Concurso ideal. Abuso sexual. Concurso real. Inconstitucionalidad. Valoración de la prueba.	1213
Summa:	1213
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	1213
Fallo:	1214
I.- La resolución recurrida	1214
II.- Recurso de la defensa	1215
III.- Informe del recurso de la defensa	1216
IV.- Dictamen del señor Procurador General	1216
IV.- Solución del caso	1216
SENTENCIA:	1219
2- TOCONAS. 14-02-19.	1220
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=4	1220
Lex: Art. 128, 1° y 2° párrafos en función del art. 55 del CP.....	1220
Vox: NNA. A.S.I.. Publicación de pornografía infantil. Tenencia de pornografía infantil. Concurso real.	
MASNNA. Condena de ejecución condicional. Cumplimiento efectivo.	1220
Summa:	1220
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1220
Fallo.....	1221
1.- Sentencia recurrida.....	1221
2.- Recurso de casación.....	1221
3.- Dictamen del Procurador General	1221
4.- La solución del caso	1222
SENTENCIA :	1223
CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas.	1226
1- MILITELLO. 14-02-19.	1226
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=3	1226
Lex: Arts. 183, 55 y 149 bis del CP. Arts. 2, 62 y 67 inc. b y c del CP. Ley 8939. Art. 373, 417 quáter y quinquies, 474, inc. 1 del CPP.	1226
Vox: Amenazas. Daño. Arma de fuego. Concurso real. Prescripción. Actos interruptivos. Requerimiento de citación a juicio.	1226
Summa:	1226
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	1226

Fallo:	1227
I.- Resolución recurrida	1227
II.- Recurso de casación de la defensa	1228
III.- Dictamen del señor Procurador General	1228
IV.- Solución del caso	1228
SENTENCIA:	1230
2- DIAZ SALINAS. 14-02-19.	1231
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=2	1231
Lex: Art. 149 bis, 2º párrafo del CP. Art. 45 del CP. Ley 26485.	1231
Vox: VG. Coacciones. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima. Violencia de género. Retracción.	1231
Summa:	1231
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1231
Fallo:	1232
I.- Sentencia recurrida.....	1232
II.- Recurso de casación.....	1232
III.- Dictamen del señor Procurador General	1233
IV.- Solución del caso	1233
SENTENCIA:	1236
3- MANUEL. 28-02-19.	1238
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcMRN.pdf	1238
Lex: Art. 149 ter, inc. 2º, supuesto b; 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 183, 55 y 45 del CP. Ley 24632. Ley 26485. Art. 416 inc. 4º, 474 del CPP.	1238
Vox: VG. Coacciones agravadas. Amenazas simples. Daño. Concurso real. Valoración de la prueba. Impresiones de pantalla. Violencia de género. Determinación de la pena. Escala de gravedad continua.	1238
Summa:	1238
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Disidencia).....	1239
Fallo:	1240
I.- Sentencia recurrida.....	1240
II.- Recurso de casación.....	1241
III.- Dictamen del señor Procurador General	1242
IV.- La solución	1242
SENTENCIA	1251
4- ALANIZ PINERA. 24-04-19.	1253

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37	1253
Lex: Art. 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP. Art. 412 del CPP. Art. 2 de la Convención Belém do Pará; arts. 4 y 5 de la ley 26485.	1253
Vox: VG. Amenazas simples. Nulidad. Lectura de fundamentos. Valoración de la prueba. Violencia de género. Concepto de género.	1253
Summa:	1253
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro	1254
Fallo:	1255
1.- Sentencia recurrida.....	1255
2.- Recurso de casación.....	1255
3.- Dictamen del señor Procurador General	1256
4.- Solución del caso.....	1256
SENTENCIA:	1260
5- GARAY VIDELA. 15-05-19.	1261
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf	1261
Lex: Art.149 bis 1° párrafo, 1° supuesto. art. 239, 55 del CP.....	1261
Vox: VG. Amenazas. Desobediencia. Violencia de género. Concurso ideal. Delito formal. Error de prohibición.	1261
Summa:	1261
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. (Licencia). Adaro.	1261
Fallo:	1262
1.- Sentencia recurrida.....	1262
2.- Recurso de casación.....	1262
3.- Dictamen del Procurador General	1263
4.- La solución del caso	1263
SENTENCIA:	1265
6- VAZQUEZ NIEVAS. 15-05-19.	1266
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcVNC.pdf	1266
Lex: Art.149 bis 1° párrafo 1° supuesto, 55, 142 inc. 1 y 2 del CP. Art. 414 y 474 del CPP. Ley 24632. Ley 26485.....	1266
Vox: VG. Amenazas. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad. Consumación instantánea. Desistimiento. Absolución. Beneficio de la duda. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Testimonio de la víctima. Valoración de la prueba. Testigo único. Perspectiva de género. Nulidad del debate.	1266
Summa:	1266
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	1267

Fallo:	1268
I.- Sentencia recurrida.....	1268
II.- Recurso de casación.....	1268
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	1269
IV.- La solución del caso.....	1269
SENTENCIA:.....	1275
7- SANCHEZ MUÑOZ. 23-05-19.	1277
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcGaray.pdf	1277
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto, 50 del CP. Art. 4 y 5 Ley 26485. Art. 416 inc. 4° del CPP.	1277
Vox: Amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género. Reincidencia. Valoración de la prueba. Reglas de la sana crítica racional. Retracción de la víctima durante la instrucción y en el debate.....	1277
Summa:	1277
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1278
Fallo:	1279
1.- Resolución recurrida.....	1279
2.- Recurso de casación.....	1279
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1280
4.- La solución del caso.....	1280
SENTENCIA:.....	1285
8- FUNES BERRIOS. 05-06-19.	1286
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcFBS.pdf	1286
Lex: Art. 149 bis 2° párrafo del CP. Art. 474 inc. 2 del CPP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará. CEDAW.....	1286
Vox: VG. Coacciones. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Congruencia. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Reincidencia.	1286
Summa:	1286
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1286
Fallo:	1287
1.- Resolución Recurrida.....	1287
2.- Recurso de casación.....	1287
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1287
4.- La solución del caso.....	1287
SENTENCIA:.....	1291

9- SULCA. 05-06-19.	1292
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcSAA.pdf	1292
Lex: Art. 142 inc. 1°, 1° y 2° supuesto, e inc. 2°, art. 55, art. 92 en función con el art. 80 inc. 1° y 11°, y art. 149 bis 1° párrafo 2° supuesto del CP.....	1292
Vox: VG. Amenaza. Coacción. Lesiones agravadas. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.	1292
Summa:	1292
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro.....	1292
Fallo:	1293
1.- Sentencia recurrida.....	1293
2.- Recurso de casación.....	1294
3.- Dictamen del señor Procurador General	1295
4.- La solución del caso	1296
SENTENCIA	1301
10- CAPEZZONE. 12-06-19.	1302
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcCBM.pdf	1302
Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo 2° supuesto del CP; 34 inc. 1° del CP; 156, 201, 341 bis, 411 inc. 5° y 474 incs. 1° y 2° CPP.....	1302
Vox: VG. Amenazas agravadas. Arma de fuego. Valoración probatoria. Testimonio de la víctima. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Inimputabilidad. Nulidad relativa. Lectura de fundamentos.....	1302
Summa:	1302
SCJM. Dres.: Adaro . Valerio. Palermo (Licencia).	1303
Fallo:	1304
I.- Sentencia recurrida.....	1304
II.- Recurso de casación formulado.....	1304
III.- Dictamen del señor Procurador General	1307
IV.- La solución del caso	1307
SENTENCIA:	1313
11- AVILA MUÑOZ. 25-06-19.	1315
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAMC.pdf	1315
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, 92 en función del art. 89 del CP. Ley 26.485; Convención Belem Do Pará. CEDAW. Art. 474 incs. 1° y 2° CPP.....	1315
Vox: VG. Amenazas coactivas. Lesiones leves agravadas por el vínculo. Concurso real. Violencia de género. Valoración probatoria con perspectiva de género.	1315

Summa:	1315
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1316
Fallo:	1317
1.- Sentencia recurrida.....	1317
2.- Recurso de casación.....	1317
3.- Dictamen del señor Procurador General	1319
4.- La solución del caso	1319
SENTENCIA:	1323
12- GUALPA. 01-08-19.	1324
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190801_FcGMF.pdf	1324
Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo CP; art. 412, 416 inc. 4° CPP y 486 CPP.....	1324
Vox: VG. Amenazas coactivas. Violencia de género. Valoración probatoria. Sana crítica racional. Vicios de fundamentación de la sentencia. Nulidad de la sentencia. Reenvío. Nuevo juicio.	1324
Summa:	1324
SCJM. Dres.: Valerio. Garay Cueli. Adaro (Licencia).	1325
Fallo:	1326
I.- Sentencia recurrida.....	1326
II.- Recurso de casación.....	1326
III.- Dictamen del señor Procurador General	1327
IV.- Solución del caso	1327
SENTENCIA:	1330
13- MANSUR ZAPATA. 11-09-19.	1331
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcMZY.pdf	1331
Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 239 del CP. Art. 2, 205, 475 y 476 inc. 2 del CPP. Ley 26465. Convención Belem Do Pará.....	1331
Vox: VG. Amenazas simples. Desobediencia. Concurso real. Beneficio de la duda. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Nulidad de sentencia. Principio de libertad probatoria. Testimonio de la víctima.	1331
Summa:	1331
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. (Licencia). Llorente.	1331
Fallo:	1332
I.- La sentencia recurrida.....	1332
2.- Los recursos de casación e inconstitucionalidad promovidos.....	1333
3.- Dictamen del señor Procurador General	1333
4.- La solución del caso	1334

SENTENCIA:	1338
14- MALDONADO MANSILLA. 04-10-19.	1339
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcMMJ.pdf	1339
Lex: Art. 239, 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP. Art. 2 del CPP. Art. 416 inc. 4° del CPP. Ley 6730. Art. 474 inc. 2° del CPP. Ley 26485.	1339
Vox: VG. Amenazas. Desobediencia. Nulidad. Perspectiva de género. Estándar probatorio. Vicios en la fundamentación de la sentencia. Beneficio de la duda. Principio in dubio pro reo. Violencia de género.....	1339
Summa:	1339
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia).....	1340
Fallo:	1341
I.- Sentencia recurrida.....	1341
II.- Recurso de casación.....	1342
II.- Dictamen Procurador General.....	1343
IV.- La solución del caso	1343
SENTENCIA:	1345
15- AGUILAR. 08-10-19.	1346
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191008_FcAguilar.pdf	1346
Lex: Art. 34 inc. 7° del CP. Art. 416 inc. 4° del CPP. Art. 149 bis, 2° párrafo del CP.....	1346
Vox: Amenazas. Coacciones. Valoración de la prueba. Legítima Defensa. Abuso sexual. Hurto. Tocamientos inapropiados. Legítima defensa putativa. Error en la legítima defensa. Nulidad de la sentencia.....	1346
Summa:	1346
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia).....	1347
Fallo:	1348
I.- Sentencia recurrida.....	1348
II.- Recurso de casación.....	1348
III.- Dictamen del señor Procurador General.....	1349
IV.- La solución del caso	1349
SENTENCIA:	1353
16- CILAURO MICHELI. 28-11-19.	1355
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcCilauro.pdf	1355
Lex: Art. 59 inc. 3, art. 67 inc. d del CP. Art. 417 quater del CPP.....	1355
Vox: Amenazas. Solicitud de audiencia de acusación. Requerimiento de citación a juicio. Actos interruptivos. Prescripción.....	1355
Summa:	1355

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1355
Fallo:	1356
1.- Resolución recurrida	1356
2.- Recurso de casación.....	1356
3.- Dictamen del señor Procurador General	1357
4.- La solución del caso	1358
SENTENCIA:	1361
17- MORENO CORTINEZ. 28-11-19.	1362
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcMoreno.pdf	1362
Lex: Art. 166 inc. 2, tercer párrafo; art. 173 inc. 15; art. 168, 42 y 55 todos del CP.....	1362
Vox: Coacciones. Amenazas agravadas por el uso de arma de fuego. Robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Defraudación mediante el uso no autorizado de tarjeta de crédito. Extorsión. Extorsión en grado de tentativa. Concurso real.	1362
Summa:	1362
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1362
Fallo:	1363
I.- La resolución recurrida	1363
II.- El recurso de casación de la defensa	1364
III- El dictamen del Señor Procurador General	1365
IV.- La solución del caso	1365
SENTENCIA:	1367
18- ORTIZ ROJAS. 19-12-19.	1368
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcOrtiz.pdf	1368
Lex: Art. 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP.	1368
Vox: Amenazas. Valoración de la prueba. Reedición de argumentos del debate.....	1368
Summa:	1368
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1368
Fallo:	1369
1.- Sentencia recurrida.....	1369
2.- Recurso de casación.....	1369
3.- Dictamen del Procurador General	1370
4.- Audiencia oral.	1370
5.- La solución del caso	1370
SENTENCIA:	1372

19- NARVAEZ. 23-12-19.	1373
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf	1373
Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto del CP. art. 239 del CP. art. 16 y 31 de CN. Art. 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Ley 26485. art. 206 y 409 del CPP. Ley 27499.....	1373
Vox: VG. Amenazas. Arma blanca. Desobediencia. Valoración de la prueba. Violencia de género. Perspectiva de género. Testimonio de la víctima.	1373
Summa:	1373
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1374
Fallo:	1375
1.- Sentencia recurrida.....	1375
2.- Recurso de casación.....	1375
3.- Dictamen del Procurador General	1376
4.- La solución del caso	1376
SENTENCIA:	1381
CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.	1383
1- ORO. 26-03-19.	1383
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf	1383
Lex: Art. 165 del CP. Art. 1, 4 y 8 del Decr. /Ley 22278. Arts. 115, 116 y 148 de la Ley 6354. Ley N° 22803.	1383
Vox: Homicidio en ocasión de robo. Tratamiento tutelar. Derecho penal juvenil. Recurso de revisión.	1383
Summa:	1383
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Garay.	1384
2- VERGARA JUAN MARCOS. 12-03-19.	1385
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18	1385
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1385
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.....	1385
Summa:	1385
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1385
Fallo:	1386
1.- Sentencia recurrida.....	1386
2.- Recurso de casación.....	1386
3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto	1387
4.- Solución del caso.....	1388
SENTENCIA:	1390

3- RAMIREZ y ot.. 20-03-19.	1392
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19	1392
Lex: Art. 45, 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del CP.	1392
Vox: Homicidio en ocasión de robo. Arma de fuego. Poblado y banda. Concurso ideal. Coautoría. Participación secundaria	1392
Summa:	1392
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1392
4- FLORES GONZALEZ. 10-04-19.	1393
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf	1393
Lex: Arts. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP; 399, 240, 396, 474 incs. 1 y 2, 47, 486 del CPP. Leyes 8.869, 8.885, 8.896, 8.925, 8.934, 8.971, 8.937, 8.911, 8.928, 9.040 y 9.106. Art. 18, 24, 75 inc.22 del CN.	1393
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Inhabilitación Absoluta. Debido Proceso Legal. Rol del Juez en los actos del Debate. Interrogatorio de testigos y peritos. Garantías del Proceso (Imparcialidad, Imparcialidad, Independencia). Extralimitación del Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sistema Acusatorio-Adversarial. Calificación legal. Nulidad. Nuevo Juicio.	1393
Summa:	1393
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1394
Fallo:	1395
1.- Resolución recurrida	1395
2.- Recurso de casación.....	1396
3.- Dictamen del Procurador General	1397
4.- Solución del caso.....	1397
SENTENCIA:	1405
5- MALLON BAQLCA. 16-04-19.	1407
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=35	1407
Lex: Arts. 42, 55, 166 inc. 2°, 104, 164, del CP; 474 y 475 del CPP.	1407
Vox: Robo agravado. Arma Impropia. Calificación legal. Agresión con Arma. Valoración de la Prueba. Reformatio in pejus.....	1407
Summa:	1407
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1407
Fallo:	1408
1.- Resolución recurrida	1408
2.- Recurso de casación.....	1408
3.- Dictamen del señor Procurador General	1409
4.- Solución del caso.....	1409

SENTENCIA:	1410
6- DIAZ TAPIA MIRANDA. 23-04-19.	1411
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=41	1411
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP.....	1411
Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Tentativa. Consumación. Momento consumativo. Apoderamiento. Posibilidad de disposición de la res furtiva.....	1411
Summa:	1411
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia).....	1412
Fallo:	1413
1.- Sentencia recurrida.....	1413
2.- Recurso de casación.....	1414
3.- Dictamen del señor Procurador General	1415
4.- Solución del caso.....	1415
SENTENCIA:	1417
7- ROBLEDO VERGARA. 09-05-19.	1418
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf	1418
Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 3°, 167 inc. 4°, 163, inc. 4°, 54, 150, 55 del CP. Art. 147, 1° párrafo, 155, 156, 411, inc. 3°, 416 inc. 2 del CPP. Ley 9.040.....	1418
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Escalamiento. Efracción. Violación de domicilio. Nulidad. Omisión de formas. Exposición oral de fundamentos. Oralidad. Subsunción legal. Calificación legal. Tentativa. Consumación. Momento consumativo.....	1418
Summa:	1418
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia).	1419
Fallo	1420
1.- Resolución recurrida	1420
2.- Recurso de casación.....	1421
3.- Dictamen del Procurador General	1422
4.- Solución del caso.....	1422
SENTENCIA:	1430
8- RODRIGUEZ BUCCI FERNANDO y ot.. 15-05-19.	1431
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcRodriguezB.pdf	1431
Lex: Art. 164 y 41 Bis del CP. Art. 4 del decreto- ley 22278. Acordada 26976 SCJM. Convención de los Derechos del Niño. Art. 59 inc. 3, 62 y 67 del CP. Art. 353 inc. 4 y concordantes del CPP.....	1431
Vox: NNA. Robo agravado. Participación de menor. Derecho penal juvenil. Extinción de la acción. Escala penal reducida en caso de menores.	1431
Summa:	1431

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1432
Fallo:	1433
1.- La resolución recurrida	1433
2.- El recurso de la defensa de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle.....	1433
3.- Dictamen del señor Procurador General	1434
4.- La solución del caso	1434
SENTENCIA:	1436
9- MARTINEZ FERNANDEZ. 16-05-19.	1437
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=60	1437
Lex: Art. 164, 41, 45, 26 y 27 del CP.....	1437
Vox: Robo simple. Calificación legal. Condena efectiva. Condena condicional. Fundamentación de la pena.	1437
Summa:	1437
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	1438
Fallo:	1439
1.- Sentencia recurrida.....	1439
2.- Recurso de casación.....	1439
3.- Dictamen del señor Procurador General	1440
4.- La solución del caso	1440
SENTENCIA:	1442
10- CASTILLO CASTILLO. 17-05-19.	1443
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCastillo.pdf	1443
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP	1443
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Poblado y banda. Tentativa. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Condena efectiva. Condena condicional. Fundamentación de la pena.	1443
Summa:	1443
CSJM. Valerio. Llorente. Adaro.	1443
Fallo:	1444
1.- Sentencia recurrida.....	1444
2.- Recurso de casación.....	1445
3.- Dictamen del señor Procurador General	1445
4.- La solución del caso	1445
SENTENCIA:	1447
11- GENOVESI OLIVERA, ZARATE y ot. 17-05-19.	1448

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLeon.pdf	1448
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° supuesto del CP. Art. 147, 150 del CPP.	1448
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Partícipe primario. Nulidad. Interpretación restrictiva. Interés legítimo. Perjuicio irreparable. Acta de procedimiento. Falta de firma de testigos de actuación. Registro de vehículo.....	1448
Summa:	1448
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1449
Fallo	1450
1.- Sentencia recurrida.....	1450
2.- Recurso de casación.....	1451
3.- Dictamen del Procurador General	1451
4.- La solución del caso	1451
SENTENCIA:	1453
12- ARGUELLO QUIROGA. 17-05-19.	1455
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcArguello.pdf	1455
Lex: Art. 166 inc. 1°, 1° supuesto en función con el art. 90, 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 55, art. 166 inc. 1, 1° supuesto, art. 12 y art. 29 inc. 3 del CP.	1455
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Lesiones graves. Concurso real. Autor. Valoración de la prueba. Declaración de la víctima. Valoración de testigo único.	1455
Summa:	1455
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia)	1455
Fallo	1456
I.- Sentencia recurrida.....	1456
II.- Recurso de casación.....	1457
III.- Dictamen del señor Procurador General	1457
IV.- La solución	1458
SENTENCIA:	1461
13- FIGUEROA PICHILI. 17-05-19.	1462
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcFigueroa.pdf	1462
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, art. 54 y art. 167 inc. 2° del C.P.	1462
Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Concurso ideal. Poblado y banda. Valoración de la prueba. Responsabilidad penal. Determinación de la pena. Vinculación espacial y temporal.....	1462
Summa:	1462
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia)	1462
Fallo	1463

I.- Sentencia recurrida.....	1463
II.- Recurso de casación.....	1463
III.- Dictamen del señor Procurador General	1464
IV.- La solución del caso	1465
SENTENCIA:	1469
14- MORTALONI. 17-05-19.	1470
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcMortaloni.pdf	1470
Lex: Art. 166, inc. 2°, 54, 167 inc. 2° y 42 del CP.....	1470
Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Concurso ideal. Poblado y banda.	1470
Summa:	1470
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1470
Fallo	1471
I.- Sentencia recurrida.....	1471
II.- Recurso de casación.....	1472
III.- Dictamen del señor Procurador General	1472
IV.- La solución del caso	1472
SENTENCIA:	1474
15- TUR PIZARRO. 17-05-19.	1475
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcTur.pdf	1475
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° supuesto, y art. 167, inc. 2° del CP. 75, inc. 22° de la CN. Art. 14 CADH. art. 14.7 del PIDCyP. Art. 450, 452, 451, 453 y 454, 475, 476 y 477 del CPP.	1475
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Non bis in idem. Nulidad. Nuevo juicio. Aadem causa petendi. Aadem persona. Aadem res.....	1475
Summa:	1475
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1476
Fallo:	1477
1.- La resolución recurrida	1477
2.- El recurso de casación.....	1478
3.- Informe escrito de la defensa del imputado.....	1479
4.- El dictamen del Procurador General.....	1479
5.- La solución del caso	1480
SENTENCIA:	1487
16- REDEMI. 23-05-19.	1488
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcRedemi.pdf	1488

Lex: Art. 162, 167 inc. 2°, 166 inc. 2°, 1° párrafo 1° supuesto y 166 inc. 2, 2° párrafo, 90, 55 del CP.	1488
Vox: Hurto. Robo. Arma de Fuego apta para el disparo. Arma impropia. Poblado y banda. Lesiones graves. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.	1488
Summa:	1488
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1488
Fallo	1489
1.- Sentencia recurrida	1489
2.- Recurso de casación	1491
3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General	1493
4.- La solución del caso	1493
SENTENCIA:	1496
17- FLORES ROJO. 05-12-19.	1497
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcFlores.pdf	1497
Lex: Art. 164, 42 del CP.	1497
Vox: Robo simple. Tentativa. Valoración de la prueba.	1497
Summa:	1497
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1497
Fallo	1498
1.- Sentencia recurrida	1498
2.- Recurso de casación	1499
3.- Dictamen del señor Procurador General	1500
4.- La solución del caso	1501
SENTENCIA:	1503
18- BELMAR BELMAR. 05-06-19.	1504
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcBelmar.pdf	1504
Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP. Arts. 2, 287, 288. 439 bis, ter y quater y 409 del CPP.	1504
Vox: Robo agravado. Arma de fuego no apta. Flagrancia. Sana crítica racional. Principio de unidad de la prueba. In dubio pro reo. Absolución.	1504
Summa:	1504
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1505
Fallo	1506
1.- Sentencia recurrida	1506
2.- Recurso de casación	1506
3.- Dictamen del señor Procurador General	1508

4.- La solución del caso	1508
SENTENCIA:	1509
19- QUIROGA RODRIGUEZ. 05-06-19.	1511
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcQuiroga.pdf	1511
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Arts. 2, 287, 288. 439 bis, ter y quater y 409 del CPP.	1511
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Sana crítica racional. Flagrancia. Absolución.	1511
Summa:	1511
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1511
Fallo	1512
1.- Sentencia recurrida.....	1512
2.- Recurso de casación.....	1513
3.- Dictamen del señor Procurador General	1513
4.- La solución de caso	1513
SENTENCIA:	1514
20- FERREYRA ORDOÑEZ. 05-06-19.	1516
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_Ferreyra.pdf	1516
Lex: Art. 167 inc. 2° y 42°, 183 y 150, 55, 26 del CP.....	1516
Vox: Robo agravado. Poblado y en banda. Tentativa. Daño. Violación de domicilio. Concurso real. Coautoría. Condena condicional.....	1516
Summa:	1516
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1517
Fallo	1518
1.- Resolución recurrida	1518
2.- Recurso de casación.....	1518
3.- Dictamen del señor Procurador General	1519
4.- La solución del caso	1519
SENTENCIA:	1521
21- SARMIENTO y ot.. 25-06-19.	1523
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSarmiento.pdf	1523
Lex: Arts. 166 inc. 2, 3° párrafo; 20 inc. c punto 1; 59 inc. 3°; 62 inc. 4°; 67, 2° párrafo, todos del CP. Art. 370 del CPP.	1523
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Prescripción. Inhabilitación. Pena conjunta. Pena alternativa. Pena accesoria. Cómputo. Suspensión de la prescripción. Cargo público.....	1523

Summa:	1523
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Nanclares.....	1524
Fallo	1525
1.- Antecedentes y resolución recurrida.....	1525
2.- Recurso de casación.....	1526
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1526
4.- La solución del caso.....	1527
SENTENCIA:.....	1529
22- ALVAREZ CASTILLO. 25-06-19.	1530
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarez.pdf	1530
Lex: Art. 167, 76 <i>ter</i> del CP. Art. 155 del CPP.....	1530
Vox: Robo agravado. Resoluciones Judiciales. Fundamentación. Estándar mínimo de razonabilidad. Motivación. Argumentación jurídica. Seguridad jurídica. Nulidad.....	1530
Summa:	1530
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.....	1531
Fallo	1532
1.- Resolución recurrida.....	1532
2.- Recurso de casación.....	1532
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1533
4.- La solución del caso.....	1533
SENTENCIA:.....	1535
23- ALVAREZ CASTILLO. 25-06-19.	1537
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarezC.pdf	1537
Lex: Art. 164 y 59 del CP. Art. 5, 26 inc. 2 del CPP.....	1537
Vox: Robo simple. Solución de conflicto. Dictamen del MPF. Carácter vinculante del dictamen fiscal.	1537
Summa:	1537
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.....	1537
Fallo	1538
1.- Resolución recurrida.....	1538
2.- Recurso de casación.....	1538
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1539
4.- La solución del caso.....	1539
SENTENCIA:.....	1540
24- CALDERON CASTRO y ot.. 26-06-19.	1541

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcCalderon.pdf	1541
Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2, 55, 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP.....	1541
Vox: Robo agravado. Arma de fuego no apta. Poblado y banda. Concurso real. Rol del juez. Independencia. Imparcialidad. Imparcialidad. Examen directo y contraexamen de testigos. Presentación extemporánea del recurso.....	1541
Summa:	1541
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1542
Fallo	1543
1.- Sentencia recurrida.....	1543
2.- Los recursos de casación formulados	1544
3.- Dictamen del señor Procurador General	1546
4.- La solución del caso	1546
SENTENCIA:	1550
25- RAMOS RIVERO. 02-07-19	1551
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190702_FcRamos.pdf	1551
Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 62 inc. 2°, 66 del CP.	1551
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Prescripción de la pena.	1551
Summa:	1551
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	1551
Fallo	1552
1.- Resolución recurrida	1552
2.- Recurso de casación.....	1552
3.- Dictamen del señor Procurador General	1553
4.- La solución del caso	1553
SENTENCIA:	1556
26- PARIS HAIDER. 05-07-19	1558
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FcParis.pdf	1558
Lex: Art. 164 del CP. Art 26 inc. 2° del CPP. Arts. 3, 12 y 27 inc. 14 de la Ley 8008.....	1558
Vox: Robo simple. Principio de oportunidad. Principio de legalidad. Solución del conflicto. Consentimiento del MPF. Dictamen vinculante. Motivación del dictamen fiscal.	1558
Summa:	1558
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Nanclares.	1559
Fallo	1560
1.- Resolución recurrida	1560
2.- El recurso de casación.....	1560

3.- Dictamen del señor Procurador General	1561
4.- La solución del caso	1561
RESUELVE:	1564
27- OLMEDO SOSA. 14-08-19.	1565
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcOlmedo.pdf	1565
Lex: Art. 166 inc. 2 y 167 inc. 2 del CP; 20 ter CP; 416 inc. 4° CPP.....	1565
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Derecho de defensa en juicio. Violación del debido proceso. Principio contradictorio. Falta de testimonio de la víctima en el debate. Modificación de plataforma fáctica por parte del Tribunal. Reconocimiento impropio. Sentencia carente de motivación. Fundamentación. Sana crítica. Nulidad.	1565
Summa:	1565
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro	1565
Fallo.	1566
I.- La sentencia recurrida.....	1566
II.- Recurso de casación.....	1566
III. Dictamen del señor Procurador General	1568
IV- La solución del caso	1568
SENTENCIA:	1570
28- ROMERO DIAZ. 15-08-19.	1572
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190815_FcRomero.pdf	1572
Lex: art. 76, 76 bis CP; 30 CPP; art. 474 incs. 1° y 2° CPP; art. 155 CPP; 167 CPP.....	1572
Vox: SJP. Suspensión del juicio a prueba. Consentimiento fiscal. Fundamentación del dictamen fiscal.	1572
Summa:	1572
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio (por su voto). Palermo (Disidencia).	1573
Fallo.	1574
1.- Resolución recurrida	1574
2.- Recurso de casación.....	1576
3.- Dictamen del Procurador General	1577
4.- La solución del caso	1577
SENTENCIA:	1583
29- MATUS. 22-08-19.	1584
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcMatus.pdf	1584
Lex: Art. 189 bis inc. 2, 4° párrafo del CP; art. 147 y 150 474, incs. 2° del CPP. Arts. 287, 288 Y 291 del CPP	1584

Summa:	1584
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio.....	1585
Fallo	1586
I.- Sentencia recurrida.....	1586
II.- Recurso de casación La defensa del imputado.....	1586
III.- Dictamen del Procurador General.....	1587
IV.- La solución del caso.....	1587
SENTENCIA:.....	1590
30- AMAYA. 05-09-19.	1591
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf	1591
Lex: Arts. 165 y 41 bis del CP.	1591
Vox: Homicidio en ocasión de Robo. Arma de fuego. Unidad de la prueba. Unificación de pena.	1591
Summa:	1591
SCJM. Dres.: Garay. Llorente. Orbelli.....	1591
31- RODRIGUEZ CHAMBI. 10-09-19.	1592
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_Fc_Rodriguez.pdf	1592
Lex: Arts 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 12, 40 y 41 del CP.....	1592
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Momento consumativo.....	1592
Summa:	1592
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1593
Fallo	1594
1- La sentencia.....	1594
2.- Recurso de casación.....	1594
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1595
4.- La solución del caso.....	1595
SENTENCIA:.....	1598
32- PAZ TAPIA. 10-09-19.	1599
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcPaz.pdf	1599
Lex: Arts. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 54, 166 inc. 2°, 3° párrafo y 167 inc. 2° del CP.....	1599
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba.	1599
Summa:	1599
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1599
Fallo	1600
I.- Resolución recurrida.....	1600

II.- Recurso de casación.....	1600
III.- Dictamen del señor Procurador General	1601
IV.- La solución del caso	1601
SENTENCIA:	1602
33- GIAMPORTONE GUERRA. 10-09-19.	1604
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcGiamportone.pdf	1604
Lex: Art. 166 inciso 2°, 2° párrafo del CP.	1604
Vox: Robo. Arma apta para el disparo. Testimonios. Contradicción. Rueda de reconocimiento de personas. Valoración de la prueba. Calificación legal.....	1604
Summa:	1604
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio	1604
Fallo	1605
Palermo	1605
I.- Sentencia recurrida.....	1605
II.- Recurso de casación.....	1606
III.- Dictamen del señor Procurador General : Rechazar el recurso.....	1606
IV.- La solución del caso	1606
SENTENCIA:	1609
34- GOMEZ y ot. 07-11-19.	1610
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcGomez.pdf	1610
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 166 inc. 1°, 1° párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45, 12 y 29 inc. 3° del CP. Art. 366, 416 inc. 6 del CPP.....	1610
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Unificación de pena. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad. Nuevo juicio. Función jurisdiccional.	1610
Summa:	1610
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1611
Fallo	1612
1.- La resolución recurrida	1613
2.- El recurso de casación de la defensa oficial de Lucas Emmanuel Gómez y de José Martín González Jara	1613
3.- El recurso de casación de la defensa particular de Lucía Vanesa Campos	1615
4.- Audiencia de informe oral	1616
5.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal	1616
6.- La solución del caso	1617

SENTENCIA:	1621
35- CORTEZ VELAZQUEZ. 14-11-19.	1623
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191114_FcCortez.pdf	1623
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo del CP	1623
Vox: Robo. Arma impropia. Rueda de reconocimiento de personas. Falta de lesividad. Análisis integral de la prueba.	1623
Summa:	1623
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro (Licencia). Valerio.	1623
Fallo	1624
1.- Sentencia recurrida:.....	1624
2.- Recurso de casación 474 1 Y 2	1624
3.- Dictamen del Procurador General AGRAVIANTES GENERALIZADAS. RECHAZO.....	1625
4.- Informe oral	1625
5.- La solución del caso	1625
SENTENCIA:	1627
36- OLGUIN CAMPAÑA. 20-11-19.	1629
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcOlguin.pdf	1629
Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 2° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP.	1629
Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Mera discrepancia.	1629
Summa:	1629
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1630
Fallo	1631
1.- Sentencia recurrida.....	1631
2.- Recurso de casación.....	1632
3.- Dictamen del señor Procurador General	1632
4.- La solución del caso	1633
SENTENCIA:	1635
37- GONZALEZ ZACCA. 25-11-19.	1636
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGonzalez.pdf	1636
Lex: Arts. 45, 165, 41 quater CP Art. 198, inc. 2 C.P.P.	1636
Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Homicidio en ocasión de robo. Nulidad de sentencia. Absolución.....	1636
Summa:	1636
SCJM. Dres.: Valerio (preopinante) Adaro.....	1636

Fallo	1637
1.- Sentencia recurrida.....	1637
2.- Recurso de casación.....	1638
3.- Dictamen del señor Procurador General.....	1638
4.- La solución del caso.....	1638
SENTENCIA:.....	1640
38- GALLARDO SOTO. 07-02-19	1641
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGallardo.pdf	1641
Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP.	1641
Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Poblado y banda. Nulidad.	1641
Summa:	1641
Fallo	1642
1.- Sentencia recurrida.....	1642
2.- Recurso de casación.....	1642
3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General.....	1643
4.- La solución del caso.....	1644
SENTENCIA:.....	1646
39- RIVERO VALENZUELA. 28-11-19	1647
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcRivero.pdf	1647
Lex: Arts. 166 inc. 2, 1° párrafo, 40 y 41 del CPy art. 474 inc. 2 del CPP.	1647
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Individualización de la pena.....	1647
Summa:	1647
Precedentes relacionados	1647
Parágrafos destacados	1647
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.....	1647
Fallo	1648
CUIJ: 13-04787580-8/1((018601-42900)) FC/ RIVERO VALENZUELA OSCAR DAMIAN P/ ROBO AGRAVADO (42900) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104866732*.....	1648
1.- Sentencia recurrida.....	1648
2.- Recurso de casación.....	1648
3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto de la Procuración General.....	1650
4.- La solución del caso.....	1651
SENTENCIA:.....	1653

40- BRAVO. 28-11-19.	1654
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcBravo.pdf	1654
Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP. Art. 267 del CPP.	1654
Vox: Robo agravado. Poblado y Banda. Arma de Fuego cuya Aptitud para el Disparo No Puede Tenerse por Acreditada. Nulidad del reconocimiento en rueda de personas. Reconocimiento de objetos. Fundamentación. Valoración de la prueba.....	1654
Summa:	1654
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1654
Fallo	1655
1.- Sentencia recurrida.....	1655
2.- Recurso de casación.....	1656
3.- Dictamen del señor Procurador General	1658
4.- La solución del caso	1658
SENTENCIA:	1660
41- ESTEBAN DEMETRIO. 10-12-19.	1661
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcEsteban.pdf	1661
Lex: Art. 164 del CP	1661
Vox: Robo simple. Coautores. Cambio de calificación legal. Valoración de la prueba.....	1661
Summa:	1661
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1661
Fallo	1662
I.- La resolución recurrida	1662
II.- El recurso de casación de la defensa	1663
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1664
IV.- La solución del caso	1664
SENTENCIA:	1666
42- ALIAGA. 19-12-19.	1667
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcAliaga.pdf	1667
Lex: Art. 163 inc. 6°, 166 inc. 2° en función del art. 42, 55 del CP	1667
Vox: Robo. Hurto. Hurto agravado. Hurto de vehículo dejado en la vía pública. Arma impropia. Tentativa.	1667
Summa:	1667
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	1667
Fallo	1668
I.- Sentencia recurrida.....	1668

II.- Recurso de casación.....	1668
III.- Dictamen del señor Procurador General	1669
IV.- La solución del caso	1669
SENTENCIA	1673
43- CURIA MORATORE. 19-12-19.	1674
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcCoria.pdf	1674
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° supuesto, 12 y 29 inc. 3° del CP.....	1674
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Juicio abreviado.....	1674
Summa:	1674
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo (Licencia).	1674
Fallo	1675
I.- Sentencia recurrida.....	1675
II.- Recurso de casación.....	1675
III.- Dictamen del señor Procurador General	1676
IV.- La solución	1676
SENTENCIA	1678
44- FERNANDEZ ROSALES, ZULETA SOSA y ot. 19-12-19.	1679
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcFernandez.pdf	1679
Lex: Art. 166 inc. 2, 2° párrafo, 42, 54, 167 inc. 2, 42, 55, 183, 104, 1° párrafo del CP. Art. 8.2.h. de la CADH	1679
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Concurso ideal. Poblado y banda. Tentativa. Daño. Abuso de arma. Prueba indiciaria.	1679
Summa:	1679
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo (Licencia).	1680
Fallo	1682
1.- La sentencia recurrida.....	1682
2.- El recurso de casación.....	1683
3.- Dictamen del señor Procurador General	1684
4.- La solución del caso	1685
SENTENCIA	1688
45- SILES. 19-12-19.	1689
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcSiles.pdf	1689
Lex: Art. 164, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1689
Vox: Robo simple. Robo agravado. Arma de fuego apta. Concurso real. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.....	1689

Summa:	1689
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia) . Adaro.	1689
Fallo	1690
1.- Sentencia recurrida.....	1690
2.- Recurso de casación.....	1691
3.- Dictamen del Procurador General	1691
4.- La solución del caso	1691
SENTENCIA	1694
46- CESPED. 20-12-19.	1695
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcCesped.pdf	1695
Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 55, 164 , 162 y 42 del CP.....	1695
Vox: Robo agravado. Arma impropia. Robo simple. Tentativa. Concurso real. Hurto simple.....	1695
Summa:	1695
Fallo	1696
1.- Sentencia recurrida.....	1696
2.- Recurso de casación.....	1696
3.- Dictamen del señor Procurador General	1697
4.- La solución del caso	1697
SENTENCIA:	1699
47- ORTEGA. 20-12-19.	1701
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcOrtega.pdf	1701
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.....	1701
Vox: Robo agravado. Arma impropia.....	1701
Summa:	1701
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	1701
Fallo	1702
1.- Sentencia recurrida.....	1702
2.- Recurso de casación.....	1702
3.- Dictamen del Procurador General	1703
4.- La solución del caso	1703
SENTENCIA	1705
48- CABIUDO. 20-12-19.	1706
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcCGA.pdf	1706
Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP	1706

Vox: Robo agravado. Arma impropia.....	1706
Summa:	1706
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1707
Fallo	1708
1.- Sentencia recurrida.....	1708
2.- Recurso de casación.....	1708
3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal	1709
4.- La solución del caso	1709
SENTENCIA:	1711
49- CAMPILLAY, CARRIZO FERREYRA y ot. 23-12-19.	1712
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcCampillay.pdf	1712
Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP. Art. 486 del CPP.....	1712
Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Concurso ideal. Poblado y banda. Valoración de la prueba. ADN. Nulidad. Nuevo juicio.....	1712
Summa:	1712
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.....	1712
Fallo	1713
I.- Sentencia recurrida.....	1713
II.- Recurso de casación.....	1713
III.- Dictamen del Procurador General	1714
IV.- La solución del caso	1715
SENTENCIA:	1717
50- TORRES. 27-12-19.	1718
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191227_FcTFM.pdf	1718
Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP.....	1718
Vox: Robo agravado. Arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. ANA. Concurso ideal. Poblado y banda. Prueba indiciaria.....	1718
Summa:	1718
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1718
Fallo	1719
1.- La resolución recurrida	1719
2.- Recurso de Casación	1720
3.- Dictamen del señor Procurador General	1720
4.- La solución del caso	1721
SENTENCIA:	1724

CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.	1727
1- YANEZ PAVEZ. 07-02-19.	1727
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=6	1727
Lex: Art. 181 inc. 1° del CP.	1727
Vox: Usurpación. Despojo. Posesión. Propiedad. SP no es titular registral. Medios comisivos.....	1727
Summa:	1727
SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro. (Licencia).	1728
Fallo	1729
1.- Sentencia recurrida.....	1729
2.- Recurso de casación.....	1729
3.- Dictamen del señor Procurador General	1730
4.- La solución	1731
SENTENCIA:	1732
2- BENEITE RIERA. 12-03-19.	1733
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16	1733
Lex: Art. 181 inc. 3° del CP	1733
Vox: Turbación de la posesión. Usurpación de inmueble.	1733
Summa:	1733
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1733
Fallo	1734
I.- Sentencia recurrida.....	1734
II.- Recurso de casación.....	1734
III.- Dictamen del señor Procurador General	1735
IV.- La solución	1735
SENTENCIA:	1738
3- NYMAN VILLEGAS. 26-03-19	1739
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=24	1739
Lex: Art. 181 del CP. Art. 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 del CP.....	1739
Vox: Usurpación por despojo. Prescripción. Actos interruptivos. Consumación. Delito continuado.	1739
Summa:	1739
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1739
Fallo	1740
1.- Sentencia recurrida.....	1740
2.- Recurso de casación.....	1740

3.- Dictamen del señor Procurador General	1741
4.- Solución del caso.....	1741
SENTENCIA:	1743
4- ARGAÑARAZ CARABELLI. 07-05-19.	1744
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=47	1744
Lex: art. 239, 184 inc. 1°, 55 y 58 del CP. Arts. 414 y 474 del CPP.....	1744
Vox: Desobediencia. Resistencia a la autoridad. Daño agravado. Concurso real. Unificación de pena. Atipicidad. Valoración de la prueba. Nexo causal. Absolución. Motivación de Sentencia.	1744
Summa:	1744
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1744
Fallo:	1745
1.- Resolución recurrida	1745
2.- Recurso de casación.....	1745
3.- Dictamen del señor Procurador General	1746
4.- Solución del caso.....	1746
SENTENCIA:	1747
5- BARRAZA. 16-05-19.	1748
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=61	1748
Lex: Arts. 26, 30, 364, 474 inc. 1°, 475; 478 inc. 3 y 486, todos del CPP. Arts. 76 bis y 172 del CP. Ley 9040 y art. 18 C.N.....	1748
Vox: Estafa. Suspensión del Juicio a Prueba. Requisitos para la procedencia. Plazo. Restricción temporal para la interposición de instituto procesal. Notificación de imputados. Principio de reserva legislativa provincial. Exceso ritual manifiesto. Arbitrariedad. Nulidad.	1748
Summa:	1748
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo	1749
Fallo:	1750
1.- Resolución recurrida	1750
2.- Recurso de casación.....	1750
3.- Dictamen del señor Procurador General	1751
4.- La solución del caso	1751
SENTENCIA:	1754
6- CASELLES ANDREONI. 05-06-19.	1755
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCaselles.pdf	1755
Lex: Arts. 45 y 173 inc.11 del CP, 414 y 474 inc. 1 del CPP.....	1755
Vox: Desbaratamiento de derechos acordados. Pluralidad de sujetos activos. Absolución.	1755

Summa:	1755
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1755
Fallo:	1756
I.- La resolución recurrida	1756
II.- El recurso de casación.....	1757
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1758
IV.- La solución del caso	1759
SENTENCIA:	1762
7- PEREZ. 12-06-19.	1763
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcPerez.pdf	1763
Lex: Art. 172, 5, 45, 149 bis, 256 bis del CP.	1763
Vox: Estafa. Coacciones. Tráfico de influencias. Unidad de la prueba. Nulidad parcial. Derecho de defensa.....	1763
Summa:	1763
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia)	1764
Fallo:	1765
1.- Sentencia recurrida	1765
2.- Recurso de casación	1766
3.- Dictamen del señor Procurador General	1767
4.- La solución del caso	1768
SENTENCIA:.....	1772
8- OPAZO. 12-06-19.	1774
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOpazo.pdf	1774
Lex: Art. 172, 45 y 55 del CP	1774
Vox: Estafa. Concurso real. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Nulidad de acta.....	1774
Summa:	1774
Fallo:	1776
1.- Sentencia recurrida.....	1776
2.- Recursos de casación	1777
3.- Dictamen del señor Procurador General	1778
4.- La solución del caso	1778
SENTENCIA:	1782
9- URETA. 12-06-19.	1783
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcUreta.pdf	1783
Lex: Art. 168, 62 inc. 2° y 67 del CP y art. 474 inc. 1° CPP.	1783

Vox: Extorsión. Acto interruptivo. Suspensión de la Prescripción. Ejercicio de cargo público.	1783
Summa:	1783
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. (Licencia) Valerio.	1783
Fallo:	1784
I.- Sentencia recurrida.....	1784
II.- Recurso de casación.....	1784
III.- Dictamen del señor Procurador General	1785
IV.- La solución del caso	1785
SENTENCIA:	1788
10- GUEVARA y ot. 12-06-19.	1789
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSegura.pdf	1789
Lex: Art. 172 del CP. 353 inc. 5° del CPP.	1789
Vox: Defraudación. Sobreseimiento.....	1789
Summa:	1789
Precedentes citados	1789
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Adaro.	1790
Fallo	1791
1.- Sentencia recurrida.....	1791
2.- Recursos de casación	1793
3.- Dictamen del señor Procurador General	1796
4.- La solución del caso	1796
SENTENCIA:	1799
11- ORDOÑEZ. 12-06-19.	1800
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOrdonez.pdf	1800
Lex: Art. 172 y 76 Bis del CP. Art. 474 incs. 1° y 2° del CPP.	1800
Vox: Defraudación. SJP. Consentimiento vinculante.....	1800
Summa:	1800
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1801
Fallo	1802
1.- Sentencia recurrida.....	1802
2.- Recursos de inconstitucionalidad y casación de la defensa	1802
3.- Dictamen del señor Procurador General	1804
4.- La solución del caso	1804
SENTENCIA:	1807

12- SEGURA DESTEFANO. 25-06-19.....	1808
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSegura.pdf	1808
Lex: Art. 172 del CP.	1808
Vox: Defraudación. Estafa. Abuso de confianza.	1808
Summa:	1808
Precedentes citados	1808
Parágrafos destacados	1808
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1808
Fallo:	1809
1.- La resolución recurrida	1809
2.- El recurso de casación.....	1810
3.- El dictamen del Procurador General.....	1811
4.- La solución del caso	1812
SENTENCIA:	1816
13- DIFRIERI MARECO. 02-08-19.	1817
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FyQcDifrieri.pdf	1817
Lex: Art. 172 del CP. Art. 59 inc. 5° y 6° del CP. Art. 5, 26, 359 inc. 6° y 9° del CPP.....	1817
Vox: Estafa. Reparación integral del perjuicio. Conciliación. Prescripción de la acción penal.....	1817
Summa:	1817
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1817
Fallo:	1818
I.- Sentencia recurrida.....	1818
II.- Recurso defensivo.....	1819
III.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto	1819
IV.- Solución del caso	1820
SENTENCIA:	1826
14- REYES OLGUIN. 02-08-19.....	1827
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FyQcReyes.pdf	1827
Lex: Art. 172, 45 del CP. Art. 10 del CPP.	1827
Vox: Estafas. Querellante Particular. Participación. Nulidad.....	1827
Summa:	1827
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1827
Fallo:	1828
I.- Sentencia recurrida.....	1828

II.- Recurso de casación.....	1829
III.- Dictamen del Señor Procurador General.....	1829
IV.- La solución del caso	1830
SENTENCIA:	1832
15- MARZIALI SCHINDLER. 10-09-19.	1834
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMarziali.pdf	1834
Lex: Art. 172 CP. Art 45 CP. Art. 10 CPPM.	1834
Vox: Estafa. Querellante Particular. Participación.....	1834
Summa:	1834
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1834
Fallo:	1835
I.- La resolución recurrida	1835
II.- El recurso de casación del querellante	1835
III.- El dictamen del Procurador General.....	1837
IV.- La solución del caso	1837
SENTENCIA :	1841
16- FUSTER. 10-09-19.	1842
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FyQcFuster.pdf	1842
Lex: Art. 172 y 173 del CP. Art. 55 CP.	1842
Vox: Desbaratamiento de derechos. Concurso Real.	1842
Summa:	1842
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia).....	1843
Fallo:	1844
I.- Sentencia recurrida.....	1844
II.- Recurso de casación.....	1845
3.- Dictamen del señor Procurador General	1846
4.- La solución del caso	1847
SENTENCIA:	1856
17- VIDAL. 11-09-19.	1857
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf	1857
Lex: Art. 173 del CP, Art. 477 del CPP, Art. 30 del CPP.	1857
Vox: Desbaratamiento de derechos acordados. Recurso de inconstitucionalidad. Recurso de casación.....	1857
Summa:	1857
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro (Licencia).	1858

Fallo:	1859
I.- Resolución recurrida	1859
II.- Recursos formulados	1859
III.- Dictamen del señor Procurador General	1860
IV.- La solución del caso	1861
SENTENCIA	1865
18- CARRION. 11-09-19.	1866
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcCarrion.pdf	1866
Lex: Art. 183 en función del art. 184 inc. 1°, 76 bis, 7° párrafo del CP. Art. 30 del CPP. Art. 8 de la Ley 7493	1866
Vox: Daño agravado. Suspensión de juicio a prueba. Carácter vinculante del consentimiento fiscal. Reparación del daño.	1866
Summa:	1866
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro (Licencia).	1867
Fallo:	1868
I.- Resolución recurrida	1868
II.- Recurso de casación.....	1869
III.- Dictamen del señor Procurador General	1869
IV.- La solución del caso	1869
SENTENCIA:	1873
19- GOMEZ. 17-09-19.	1874
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190917_FcGomez.pdf	1874
Lex: Art. 172 del CP, 455 del CPP	1874
Vox: Estafa. Recurso de Casación. Falta de fundamentación. Valoración de la prueba.	1874
Summa:	1874
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia).	1874
Fallo:	1875
I.- La resolución recurrida	1875
II.- El recurso de casación del querellante particular.....	1876
III.- El dictamen del señor Procurador General.....	1877
IV.- La solución del caso	1877
SENTENCIA:	1878
20- LOPEZ. 10-10-19.	1880
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcLopez.pdf	1880
Lex: Art. 172 del CP	1880

Vox: Estafa. Desestima formalmente la casación.....	1880
Summa:	1880
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro. (Licencia).	1880
Fallo:	1881
1.- La sentencia recurrida.....	1881
2.- El recurso de casación e inconstitucionalidad de la defensa de Antonino Di Pascuale	1881
3.- Dictamen del señor Procurador General	1882
4.- La solución del caso	1882
SENTENCIA:	1884
21- LUCERO. 07-11-19.	1885
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FyQcLucero.pdf	1885
Lex: Art. 173 inc. 7° del CP.	1885
Vox: Estafa. Administración Fraudulenta.	1885
Summa:	1885
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1885
Fallo:	1886
I.- Sentencia recurrida.....	1886
II.- Recursos defensivos.....	1887
III.- Dictamen del Procurador General	1887
IV.- La solución del caso	1888
22- ROSSI. 10-12-19.	1894
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=248	1894
Lex: Art. 181 del CP	1894
Vox: Usurpación.....	1894
Summa:	1894
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo	1894
Fallo	1895
1.- La sentencia recurrida.....	1895
2.- El recurso de casación del querellante particular.....	1896
3.- Dictamen del señor Procurador General	1897
4.- La solución del caso	1897
SENTENCIA:	1899
CAPÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Tenencia. Portación.	1901
1- ORELLANA SEPULVEDA. 10-04-19.	1901

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29	1901
Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 3° párrafo del CP. Art. 147 in fine del CPP.	1901
Vox: Portación. Portación Ilegítima de Arma de Fuego de Uso Civil. Valoración de la prueba. Testigo de actuación. Firma del testigo. Nulidad. Nulidad relativa.....	1901
Summa:	1901
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro	1901
Fallo:	1902
1.- Resolución recurrida	1902
2.- Recurso de casación.....	1902
3.- Dictamen del señor Procurador General	1903
4.- Solución del caso.....	1903
SENTENCIA:	1905
2- RODRIGUEZ CAVIUDO. 15-05-19.	1906
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcRodriguezC.pdf	1906
Lex: Art. 189 Bis apartado 2, 1° y 2° párrafo del CP.....	1906
Vox: Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil atenuado. Excepción por falta de acción. Error de prohibición indirecto. Inculpabilidad.	1906
Summa:	1906
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo. (Licencia)	1907
Fallo:	1908
1.- La sentencia recurrida.....	1908
II.- Recurso de casación.....	1908
III. Dictamen del señor Procurador General	1909
IV- La solución del caso	1909
SENTENCIA:	1912
3- PINNAVARIA. 05-06-19.	1913
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcPinnavaria.pdf	1913
Lex: Art. 189 inc. 2°, 4° párrafo en función con el 5° párrafo; 34 inc. 1°, 4°, 6° y 7 del CP. Art. 474 incs.1 y 2 del CPP. Arts. 207, 330, 416 inc. 3°, 4° y 5° del CPP.	1913
Vox: Portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada. Nulidad. Autoincriminación. Derecho de no declarar contra sí mismo. Error de prohibición. Causas de justificación.....	1913
Summa:	1913
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.	1914
Fallo:	1915
1.- La resolución recurrida	1915

2.- El recurso de casación.....	1916
3.- El dictamen del Procurador General.....	1918
4.- La solución del caso	1919
SENTENCIA:	1927
4- ARAVEL. 25-06-19.	1928
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcArabel.pdf	1928
Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 2° párrafo del CP.	1928
Vox: Tenencia ilegal de arma de guerra. Absolución. Beneficio de la duda.....	1928
Summa:	1928
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1928
Fallo:	1929
1.- Sentencia Recurrida	1929
2.- Recurso de casación.....	1930
3.- Dictamen del señor Procurador General	1931
4.- La solución del caso	1931
SENTENCIA:	1932
5- HERNANDEZ. 02-08-19.	1933
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcHernandez.pdf	1933
Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP.	1933
Vox: Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil. Suspensión del juicio a prueba. Consentimiento Fiscal.....	1933
Summa:	1933
SCJM. Dres.: Palermo. Adaro. Valerio.	1933
Fallo:	1934
1.- Resolución recurrida	1934
2.- Recurso de casación.....	1934
3.- Dictamen del señor Procurador General	1935
4.- La solución del caso	1935
SENTENCIA:	1939
6- TORCETTA. 19-12-19.	1940
web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcTS.pdf	1940
Lex: Art. 189 Bis del CP	1940
Vox: Tenencia.....	1940
Summa:	1940
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1940

Fallo:	1941
1.- Resolución recurrida	1941
2.- Recurso de casación.....	1941
3.- Dictamen de la Procuración General	1942
4.- La solución del caso	1942
SENTENCIA:	1945
CAPÍTULO X. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Asociación ilícita.....	1947
1- AMOROSO. 11-03-19.....	1947
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=15	1947
Lex: Art. 210, 166 inc. 2°, 3° párrafo; 163 inc. 6; 277 inc. 1°, letra c) en función con el inc. 3°, letras b) y c) del CP	1947
Vox: Asociación ilícita. Robo agravado. Arma de fuego. Hurto agravado de vehículo. Encubrimiento agravado. Valoración de la prueba	1947
Summa:	1947
Fallo:	1949
1.- La sentencia recurrida.....	1949
2.- El recurso de casación de la defensa de Miguel Ángel Aiello Gómez.....	1950
3.- Dictamen del señor Procurador General	1951
4.- La solución	1952
SENTENCIA:	1956
CAPÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	1959
1- RAMOS SEVILLA. 04-04-19.	1959
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27	1959
Lex: Art. 239 del CP. Ley 24632 y 26485. Res. 148/12 de la Procuración General.....	1959
Vox: SJP. Desobediencia. Dictamen Vinculante. Violencia de Género.....	1959
Summa:	1959
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	1960
Fallo:	1961
1.- Resolución recurrida	1961
2. Recurso de casación.....	1962
3.- Dictamen del señor Procurador General	1962
4.- La solución	1963
SENTENCIA:	1964
2- MEJIA SALVADOR. 10-09-19.....	1966
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf	1966

Lex: Art. 239 del CP, art. 4 y 5 de la Ley 26485.....	1966
Vox: VG. Desobediencia. Prohibición de acercamiento. Violencia de Género. Valoración de la Prueba. Relato de la víctima. Perspectiva de Género.	1966
Summa:	1966
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.	1967
Fallo:	1968
I.- La sentencia recurrida.....	1968
II.- Recurso de casación.....	1968
III.- Dictamen del señor Procurador General	1969
IV.- La solución del caso	1969
SENTENCIA:	1975
3- REALE COMBA. 17-12-19.	1976
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf	1976
Lex: Art. 183, 239 y 55 del CP.	1976
Vox: VG. Desobediencia. Hurto Simple. Daño. Violencia de Género. Condena de ejecución Condicional. Valoración de la Prueba. Calificación legal. Individualización del monto de la pena. Perspectiva de Género. Relato de la víctima.	1976
Summa:	1976
SCJM. Dres.: Palermo. Valerio. Adaro.	1976
Fallo:	1977
I.- Sentencia recurrida.....	1977
II.- Recurso de casación La defensa de R. C.	1978
III.- Dictamen del señor Procurador General El Procurador General	1979
IV.- La solución del caso	1979
SENTENCIA:	1983
CAPÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Cohecho.	1985
1- MERELLES. 23-09-19.	1985
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190923_FcMerelles.pdf	1985
Lex: Art. 258 del CP. Arts. 416 inc. 4) y 472 inc. 2 CPP	1985
Vox: Cohecho activo. Valoración de la prueba. Principio de razón suficiente.	1985
Summa:	1985
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio (Licencia). Palermo.	1985
Fallo:	1986
I.- La resolución recurrida	1986
II.- Recurso de casación.....	1986

III.- Dictamen del Señor Procurador General.....	1988
IV.- La solución del caso	1988
SENTENCIA:	1990
2- SANCHEZ. 19-12-19.	1991
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcSanchez.pdf	1991
Lex: Art. 153, 157 y 256 del CP. 474 inc. 1 y 2, 475, 476 y 478 inc. 3 del CPP.	1991
Vox: Cohecho. Concurso real. Concurso ideal. Principio non bis in idem. Inconstitucionalidad....	1991
Summa:	1991
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo (Licencia). Orbelli.	1991
Fallo:	1992
1.- Resolución recurrida	1992
2.- Recursos de casación	1992
3.- Dictamen del señor Procurador General	1993
4.- La solución del caso	1993
SENTENCIA	1995
CAPÍTULO XIII. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA.	1997
1- GUIÑAZU. 04-10-19.	1997
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcGuinazu.pdf	1997
Lex: Art. 293 en función con el 298, 248 y 55 del CP.....	1997
Vox: Falsedad ideológica. Incumplimiento de los deberes de funcionario público. Valoración de la prueba. Principio de No contradicción.	1997
Summa:	1997
SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia)	1998
Fallo:	1999
I.- La sentencia recurrida.....	1999
II.- Recurso de casación.....	2000
III. Dictamen del señor Procurador General	2001
IV- La solución del caso	2002
SENTENCIA:	2004
2- BASTIANELLI. 04-10-19.	2005
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcBastianelli.pdf	2005
Lex: Art. 174 inc. 4° del CPP, Art. 67, 4° párrafo inc. a) del CP.	2005
Vox: Estafa agravada. Prescripción. Actos interruptivos.....	2005
Summa:	2005
SCJM. Dres.: Valerio. Gómez. Garay.....	2005

Fallo	2006
1.- La sentencia recurrida.....	2006
2.- El recurso de casación de la defensa de Bruno Bastianelli	2006
3.- Dictamen del Procurador General	2007
4.- La solución del caso	2007
SENTENCIA	2009
CAPÍTULO XIV. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE.	2011
1- BIGOLIN. 02-08-19.	2011
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcNN.pdf	2011
Lex: Art. 1, 2° párrafo de la ley 24270. Ley 26061. CDN. Constitucionalidad y convencionalidad. Ley 26485. Convención Belén Do Para. CEDAW. Ley 27499 (Ley Micaela) Ley 9196.	2011
Vox: NNA. VG. Impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño. Elementos subjetivos del tipo.....	2011
Summa:	2011
SCJM. Valerio. Palermo. Adaro.	2011
Fallo:	2012
1.- Sentencia recurrida.....	2012
2. - Recurso de casación del querellante	2012
3.- Dictamen del señor Procurador General	2014
4.- Solución del caso.....	2014
SENTENCIA:	2015
APÉNDICE NORMATIVO	2016
CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA	2017
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	2017
LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS	2042
CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA	2121
LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES	2121
Art. 4º - Ámbito Temporal.	2121
LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA	2194
LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES	2208
LIBRO CUARTO. RECURSOS	2231
LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN	2241
LEY 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES	2252

ABREVIATURAS y SIGLAS UTILIZADAS.

A.S.I. : Abuso sexual infantil.

A: Autor.

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

AFC : Arma de fuego de uso civil.

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

AI: Arma impropia.

AM: Adulto mayor.

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

ANU: Arma no apta de utilería.

Arm. Arma.

Asc.: Ascendiente.

Aut.: Automovilista.

B: Banda

CA: Concurso aparente.

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

CDN: Convención de los derechos del niño.

CE: Condena efectiva.

CI: Concurso ideal (Art. 54 del CP)

CJ: Circunscripción judicial.

CN: Constitución Nacional.

CO. Coautor/es.

Conv. Conviviente.

CP: Código Penal.

CPP: Código Procesal Penal.

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

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Desc.: Descendiente.

EE: Encargado de la educación.

EG: Encargado de la guarda.

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

EPI: Equipo Profesional Interdisciplinario.

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

FS: Fuerzas de seguridad.

H: Hermano

IA: Inhabilitación absoluta.

IE: Inhabilitación especial.

Ins. Instigador.

IP: Inhabilitación perpetua.

JJ: Juicio por jurado.

JPC: Juzgado Penal Colegiado.

M: Mayor.

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

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

MPD: Ministerio Público de la Defensa.

MPF: Ministerio Público Fiscal.

Mul. : Multa.

N: Nulidad.

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

P: Prisión.

P1°: Partícipe primario.

P2°: Partícipe secundario.

Par.: Pareja.

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

PCE: Pena de prisión de cumplimiento efectivo.

Pl.: Plural.

PPP: Pena de pena de prisión perpetua.

R: Reincidente.

RCJ: Requerimiento de citación a juicio.

REC: Recurso extraordinario de Casación.

REI: Recurso extraordinario de Inconstitucionalidad.

REQ: Recurso extraordinario de Queja.

REV: Recurso extraordinario de Revisión.

SA: Sujeto activo.

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

SJP: Suspensión de juicio a prueba.

SP: Sujeto pasivo.

TPC: Tribunal Penal Colegiado.

U: Unificación. (Art. 58 del CP)

UC: Unificación de condena.

UP: Unificación de pena.

US: Unificación de sentencia.

VG: Violencia de Género.

Capítulo I.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la vida. Homicidios.

CAPITULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Contra la vida. Homicidios.

1- ARAUJO. 14-02-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=7>

Lex: Art. 80 inc. 1° del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Relación de pareja: publicidad, clandestinidad del vínculo. Prueba indirecta. Indicios. Valoración de la prueba. Violencia de género. Prisión perpetua.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua** como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido en perjuicio de una persona con la que se ha mantenido una relación de pareja. (Art. 80 inc. 1 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Entendió que la sentencia contiene vicios in procedendo e in iudicando.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso.

Resolución cuestionada: Sentencia N°34, pronunciada por TPC N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

- **«Ortiz Morel»11-06-18.** <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>
 “...En relación a la apreciación de la prueba indiciaria, para que los indicios constituyan plena prueba es indispensable que **sean plurales, graves, concurrentes y concordantes**, y además, que las inferencias que los mismos otorguen, converjan hacia el mismo resultado, de manera que en conjunto merezcan plena credibilidad y le lleven al juzgador el absoluto convencimiento sobre el hecho investigado. De este modo, si del estudio comparativo quedan en pie los indicios, porque resultan descartados los contra indicios, con la ayuda de la lógica y de acuerdo con las normas de la sana crítica, se podrá adoptar la conclusión final acerca de si ese conjunto de indicios conduce unívocamente a producir la certeza sobre la existencia del hecho investigado...Un acto sentencial es válido cuando se apoya sustancialmente en inferencias valorativas, emergentes de hechos ciertamente probados, a través de prueba directa, las que para constituirse en prueba indirecta deben resultar suficientemente fundadas por el tribunal, lo que impide la presencia de indicios irrazonables, absurdos, arbitrarios, contradictorios o fundados en prueba ilegal.”
- **«Teves Lucero», 05-07-18**
 “...En hecho de que la víctima exponga en debate un relato de los hechos notoria y manifiestamente contradictorio al contenido en su denuncia, hace que luzca ajustado a los casos típicos de hechos de violencia que se presentan en el marco de relaciones amorosas disfuncionales, de carácter violentas, donde la relación transita diversas etapas que inciden en la visión y percepción de los hechos de parte de quienes resultan perjudicados...”

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

(E.A.)

Fallo.

**FC/ARAUJO ARNIJA LUIS ALBERTO P/HOMICIDIOS CALIFICADOS (33609) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN.
*104495402***

En Mendoza, a los catorce días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04415329-1/1 “F.c/ Araujo Arnija Luis Alberto p/ Homicidio Calificado p/Recurso ext. de casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, el Dr. José V. Valerio segundo, el Dr. Mario D. Adaro y tercero, el Dr. Pedro J. Llorente.

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Las defensa técnica del acusado Luis Alberto Araujo Arnija interpone recurso de casación (fs. 782/787 vta.) contra la Sentencia N° 34 y sus fundamentos (fs.760 y fs. 761/778, respectivamente), dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° II de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de prisión perpetua más costas y accesorias legales, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido en perjuicio de una persona con la que se ha mantenido una relación de pareja, que se le atribuye en la causa N° P-33.609/17 (arts. 80 inc. 1°, 29 y 12 del C.P. y arts. 415 último párrafo y 550 del C.P.P.).

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- Resolución recurrida

En lo relativo al hecho acusado, el tribunal de sentencia tuvo por acreditado que «[e]ntre las últimas horas del día 11 de Abril y las primeras horas del día 12 de Abril de 2017, en las inmediaciones del callejón Grosso de Los Corralitos del Departamento de Guaymallén, Luis Alberto Araujo Arnija atacó a su ex pareja Marina Bedia Durán, golpeándola con un objeto contundente de superficie roma en el cráneo, provocándole fractura y perforación del mismo, lo que determinó su muerte» (ver fundamentos, fs. 764).

Para llegar a la convicción necesaria para condenar, el tribunal a quo entendió que «[c]ada uno de los elementos que integran el acervo probatorio de autos, confirman con grado de certeza la plataforma fáctica descrita en la requisitoria fiscal de elevación a juicio», y que, si bien en este caso el análisis de la prueba tiene un carácter indiciario ello no impide hallar la certeza sobre un evento histórico, siempre que se respeten una serie de presupuestos lógicos en su valoración (ver fundamentos, fs. 764/766)

Así, tras repasar la prueba que acredita el fallecimiento violento de Marina Bedia Durán y destacar que sobre ésta no existió controversias (ver fundamentos, fs. 766/767), el tribunal de juicio inició el análisis de los diversos elementos recabados en la causa para individualizar diferentes “hechos indiciarios” que consideró acreditados.

De este modo, el tribunal tuvo en cuenta: la **relación de pareja pública** que tuvieron la víctima y el acusado, así como la posterior clandestinidad de sus encuentros amorosos tras extinguirse dicha relación y comenzar una nueva Araujo (a), los posibles motivos que habrían determinado la intención homicida del acusado, entre los que identificó, el embarazo de Marina Bedia y la paternidad de Araujo, y el préstamo de dinero que Bedia le habría realizado (b), la reunión que mantuvieron el acusado y Marina Bedia la madrugada del 12 de abril de 2017 (c), así como la desaparición sin rastros de la víctima luego de dicha reunión y la ausencia de motivos para no volver (d) (ver fundamentos, fs. 767/773 vta.).

Con ello, tras destacar que la hipótesis defensiva ensayada por el acusado y su defensa no contaba con respaldo probatorio alguno, el tribunal a quo concluyó que surge con claridad, como “hecho indicado”, que «Marina Bedia fue víctima de un comportamiento ilícito aquella noche que se juntó con el encartado Araujo», y que éste es el autor de su homicidio (ver fundamentos, fs. 773 vta. 774).

II.- Recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado Luis Alberto Araujo Arnija impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza -Ley 6.730-, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo e in iudicando.

En lo que respecta a los **vicios in procedendo**, el recurrente entiende que la sentencia es arbitraria por carecer de apoyo legal, por haber valorado parcialmente las pruebas incorporadas y rendidas en el debate, y por haberse apartado de otras constancias de la causa. Además, en este sentido, señala que el tribunal de sentencia ha avalado una conclusión basada tan sólo en **prueba indirecta**, circunstancia que resulta contraria a los postulados de la sana crítica racional, los principios de la lógica, la psicología y la experiencia común.

Crítica que el tribunal a quo haya tenido por probado, como hecho indiciario, que el acusado y la víctima mantenían una relación oculta. Indica que ninguno de los testigos manifestó haber visto al acusado junto a Bedia y denuncia que el tribunal se basó en las hipótesis formuladas por sus hijos, los que expresaron, además, que existían varias personas de nombre Luis en el lugar de trabajo de su madre.

Con ello, además, la defensa indica que el tribunal de sentencia valoró una serie de videos y mensajes que no han sido incorporados como prueba en la causa.

Luego, el recurrente realiza valoraciones críticas respecto de otros indicios sopesados por el tribunal de juicio y, de este modo, señala que la relación de pareja que mantuvieron el acusado y la Sra. Carrasquilla no tiene relevancia y no se condice con el hecho investigado, y que el embarazo de la víctima, calificado como “indicio de móvil”, no fue probado y no guarda relación alguna con el hecho acusado a Araujo.

Sobre este aspecto, la defensa resalta que el tribunal de juicio fue contradictorio puesto que, si bien reconoció que no podía atribuirle a Araujo un conocimiento cierto sobre el embarazo de Bedia, concluyó que ésta sí le comunicó al acusado su gravidez en una reunión que mantuvieron, y que dicha ocasión determinó el motivo del homicidio. Junto a lo anterior, la defensa recalca que el tribunal de juicio se apartó de los hechos efectivamente probados toda vez que, conforme lo relataron los testigos de la causa, nadie sabía o conocía la existencia del embarazo de la víctima.

En el mismo orden de ideas, la defensa se agravia por la valoración que el tribunal a quo hizo respecto de un hipotético préstamo de dinero realizado por Bedia al acusado. Según señala, no existen pruebas de este hecho ni de la circunstancia de haber contado la víctima con la cantidad de dinero que, según la acusación, le prestó al imputado.

También se agravia el recurrente al sostener que el tribunal precisó, sin mayor respaldo probatorio, que la víctima falleció el mismo día que dejó su hogar, punto en el que se apartó de las constancias incorporadas a la causa, como la declaración del Dr. Barrera (quien especificó un tiempo de fallecimiento distinto), o como las características del cuerpo hallado. Ello, según señala la defensa, demuestra que la magistratura de juicio llegó a la conclusión condenatoria basado en sus propias convicciones.

Finalmente, como último agravio de forma, la parte recurrente se agravia por la calificación que el tribunal hizo de los alegatos defensivos. Entiende que sus argumentos no pueden ser calificados como “meras conjeturas”, toda vez que se basaron en prueba incorporada.

Por todo lo dicho, el recurrente concluye que la sentencia recurrida se ha apartado del principio de inocencia y su consecuencia necesaria, el principio in dubio pro reo.

En lo que respecta a los **vicios in iudicando**, el recurrente entiende que la figura legal con la que se calificó el hecho acusado no ha sido probada, lo que ha significado una vulneración de garantías constitucionales. Entiende que las conductas acusadas no encuadrarían en la figura penal atribuida sino en lo previsto en el art. 2 del C.P., es decir, la absolución por inexistencia probatoria.

Formula reserva del caso federal.

III.- Informe escrito de la defensa

A fs. 799/805, la defensa de Luis Alberto Araujo Arnija se presenta e informa por escrito el recurso previamente presentado, ocasión en la que reitera los agravios individualizados oportunamente, el pedido de absolución por aplicación del art. 2 del C.P.P. de Mendoza y la reserva del caso federal.

IV.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia del recurso incoado por la defensa de Luis Alberto Araujo Arnija, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y que debe confirmarse la sentencia impugnada.

Refiere, preliminarmente, que la defensa no señala agravios en el razonamiento del tribunal de sentencia y que articula su presentación a partir de meras discrepancias con los argumentos utilizados en la sentencia, valorando nuevamente la prueba incorporada desde una óptica favorable a los intereses que representa, pero sin lograr menoscabar la claridad con la que el a quo ha justificado la condena.

Expresa que la sentencia contiene un análisis exhaustivo de los testimonios rendidos y destaca su relevancia en la formación del cuadro indiciario y en la corroboración de la relación de pareja que mantuvieron el acusado y la víctima.

Asimismo, sobre este punto, recuerda que las objeciones de la defensa fueron debidamente refutadas por el tribunal a quo al valorar una serie de elementos que el recurrente no destaca; entre ellos, el contenido de las comunicaciones que mantuvieron Araujo y Bedia para acordar sus encuentros íntimos.

Sobre la valoración de los motivos señalados en la sentencia, afirma que las premisas defensivas que sostienen la falta de pruebas no pueden prosperar, puesto que no logran controvertir el peso de los indicios que, sopesados en conjunto, demuestran la materialidad del hecho y la autoría del acusado independientemente de la corroboración de dichos motivos.

En este punto recuerda que, como prueba objetiva, se incorporó el geoposicionamiento del teléfono celular del imputado, elemento que ubicó al acusado en la escena del crimen y en el lugar donde fueron halladas las partes del cuerpo de la víctima por un lapso de dos horas aproximadamente.

En este sentido, afirma que los testimonios de los hijos de la víctima y de su amiga, así como la declaración de la pareja actual del acusado, demuestran que Bedia se reunió con Araujo la noche de su desaparición.

Como conclusión, afirma que la defensa separa los elementos probatorios de cargo incorporados para intentar anular su valor convictivo y establecer una duda respecto de la autoría del acusado, lo que no puede modificar la intensidad de la convicción jurisdiccional alcanzada.

V.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por las siguientes razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa técnica del encartado y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

Preliminarmente, puede decirse que los agravios formulados por el recurrente demuestran que la crítica a la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 2 se basa, exclusivamente, en vicios de **carácter formal**.

En efecto, el argumento por el que se aduce la existencia de **vicios in iudicando** en la sentencia recurrida **no contiene precisiones** sobre un supuesto error en el derecho, sino que, invoca la aplicación del principio in dubio pro reo por considerar que no existen pruebas capaces de avalar la solución condenatoria.

Esta idea, según advierto, demanda la revisión de los fundamentos del tribunal en el seno de la **valoración de la prueba**, tarea que coincide con el sentido que el recurrente le imprime a la primera parte de su presentación.

Por ello, en lo que sigue, me avocaré exclusivamente a determinar si la sentencia condenatoria de Luis Alberto Araujo Arnija ha sido edificada sobre **premisas racionales** y si se ha basado en prueba legalmente incorporada. Es decir, si contiene los vicios in procedendo que se invocan. Veamos.

Al respecto, debe decirse que la sentencia traída a control cuenta con suficiente apoyo en las pruebas incorporadas al proceso y que estas han sido valoradas de manera adecuada para justificar la solución condenatoria.

Prueba indiciaria o indirecta.

La circunstancia de que en el caso de autos la acusación esté basada en **prueba indiciaria (o “indirecta”**, según la apreciación del tribunal) no significa que tenga necesariamente menor valor o fuerza que la prueba “directa” y que su admisibilidad se conciba como algo a lo que tendría que resignarse el juzgador para evitar intolerables impunidades.

Por el contrario, la doctrina sobre la prueba indiciaria no esconde una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia; más aún cuando la prueba indiciaria es a veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes (sobre la cuestión pueden compulsarse la causa **cuij 13-03912200-0/1, «Ortiz Morel», sentencia de fecha 11 de junio de 2018, y la causa cuij 13-04268432-9/1 «Teves Lucero», sentencia del 5 de julio de 2018**).

Ahora bien, en lo relativo a los agravios señalados por el recurrente, en primer lugar, deben analizarse aquéllos que se afincan en la corroboración de la relación de pareja que el acusado y la víctima mantenían de forma clandestina, y de la relación de pareja que el acusado mantenía con otra mujer en la fecha del hecho.

Sobre la primera de ellas, cabe advertir que la crítica que indica que fue acreditada de manera arbitraria, debe ser desestimada. Ello, puesto que las aserciones dadas en este sentido no explican por qué este hecho indiciario es irracional.

En efecto, que el tribunal a quo haya tenido por corroborada la relación oculta de Marina Bedia y el acusado a partir de los testimonios brindados por los hijos de la víctima y por María Beltrán (amiga de Marina), no puede ser un argumento capaz de prosperar, toda vez que dichas declaraciones fueron brindadas respetando los requisitos legales que regulan su incorporación al proceso y fueron valoradas de manera adecuada.

En este punto se advierte que, sobre la credibilidad de dichos testimonios, el recurrente no articula argumento alguno que indique que hayan sido mendaces o contradictorios, omisión que demuestra que,

frente a las consideraciones del tribunal relativas al peso convictivo de los testimonios producidos en el debate, la defensa sólo acude a una crítica superficial que no explica en dónde se encuentra la arbitrariedad que denuncia.

Aquí, entiendo adecuado resaltar las premisas utilizadas por el tribunal de sentencia cuando indicó, tras compulsar el contenido de las comunicaciones mantenidas por el acusado y la víctima días antes de su deceso, así como los testimonios de sus hijos y el de María Beltrán, que «[s]e desprende sin lugar a dudas que el incuso seguía manteniendo una relación oculta con Marina. Sus hijos y su amiga María Beltrán dieron cuenta que se seguían viendo en horarios de la noche-madrugada. Por ello, es que elegían lugares alejados como el Callejón Grosso para verse [...]. Los mensajes de Whatsapp, las fotos y videos que observara su hija Marlene en el celular hallado datados en el mes de marzo de 2017 y la profusa comunicación que mantenían, dan cuenta acabadamente que esta relación proseguía» (ver fundamentos, fs. 767 vta./769).

De lo anterior se desprende, según entiendo, que el tribunal no acreditó la relación de pareja de la víctima y el acusado a pesar de que los hijos de Bedia no la habían visto con él, sino que la tuvo por acreditada a partir del contenido de las comunicaciones que mantenían, de lo relatado por su amiga María (quien, de acuerdo con lo dicho, los vio en el interior del auto del acusado antes de la desaparición de Bedia) y de la credibilidad otorgada a su hija Marlene (quien refirió haber visto imágenes y videos de su madre y el acusado del mes anterior a la desaparición).

Sobre este último aspecto, además, debe decirse que el agravio que indica que el tribunal ha valorado mensajes e imágenes no incorporados a la causa, tampoco puede prosperar. Por un lado, puesto que los mensajes de texto que avalaron la relación oculta entre la víctima y el acusado se desprenden del informe obrante a fs. 429/450, debidamente incorporado al debate conforme surge a fs. 762. Por otro lado, porque los videos a los que refirió el a quo fueron aludidos por una de sus hijas, Marlene, cuya credibilidad fue corroborada por el tribunal y no ha sido controvertida por la defensa (ver fundamentos, fs. 767 vta.).

Por su lado, el agravio que afirma que la relación que mantenían el acusado Araujo e Iris Carrasquilla en la fecha del homicidio de Bedia no tiene relación con el objeto procesal, tampoco puede tener recibimiento favorable.

Al respecto cabe aclarar, por un lado, que el tribunal de sentencia ha dado suficientes razones para explicar por qué es un hecho indiciario relevante. En efecto, según refirió el a quo, el vínculo con Carrasquilla es un indicio que explica, no sólo por qué la relación de la víctima y Araujo era oculta, sino también, el lugar donde se encontraba Araujo momentos antes de encontrarse con Bedia la noche de su muerte (según la prueba valorada, se encontraba en el domicilio de Carrasquilla), por qué éste no respondió a los mensajes que Carrasquilla le mandaba sino hasta entrada la madrugada del día 12 de abril de 2017, y por qué el embarazo de la víctima podía ser considerado un móvil para el homicidio (ver fundamentos, fs. 769, fa. 770 vta. y fs. 772 y vta.).

Por otro lado, debe decirse que contra estos argumentos incriminatorios la defensa no ha presentado variantes alternativas que contrarresten su valor, ni ha explicado en qué medida implican vicios de

valoración capaces de nulificar la sentencia criticada, motivos que confirman que la crítica no puede prosperar.

En segundo lugar, cabe analizar los puntos de agravio sugeridos respecto de la valoración de los motivos que habría tenido el acusado para cometer el homicidio de Bedia.

Acerca del vicio señalado alrededor de la consideración del embarazo de la víctima, corresponde apuntar que la contradicción que advierte el recurrente no cuenta con respaldo suficiente. En efecto, si bien el tribunal sostuvo que no podía considerar plenamente acreditado que Araujo conociera el estado de gravidez de Marina Bedia, lo cierto es que no afirmó lo contrario luego, sino que consideró que era “razonable” considerar que el acusado se enteró de ello y que no era “improbable” que la noticia dada por Bedia al acusado haya desencadenado su muerte. Ello surge con claridad tras compulsar los fundamentos de la sentencia.

Ciertamente, el tribunal llega a dicha conclusión tras valorar que, de acuerdo con la prueba incorporada, el estudio obstétrico que dictaminó el embarazo de Marina le fue comunicado el día 7 de abril de 2017, día en el que, según el testimonio de María Beltrán y Nahuel Tejerina (hijo de la víctima), el vehículo del acusado se encontraba estacionado en las cercanías del domicilio de la víctima, siendo esta la metodología con la que se encontraban para evitar ser vistos (ver fundamentos, fs. 767 vta./768 vta. y fs. 769 vta./770 vta.).

Con ello, es lógico suponer, así como lo hizo el tribunal, que es una probabilidad racional (es decir, basada en prueba incorporada) que el acusado se haya enterado del embarazo de la víctima el día en que ésta lo hizo, es decir, el 7 de abril de 2017.

Sobre el punto, el letrado defensor no articula precisión alguna capaz de debilitar las presunciones del tribunal, lo que demuestra que los agravios invocados pueden entenderse como planteos inadecuados para demostrar la arbitrariedad señalada.

En lo que respecta a la crítica referida al préstamo de dinero que la víctima realizó con el acusado, entiendo importante destacar que se trata de un hecho indiciario que sí contó con suficiente prueba para ser considerado como un «elemento más para pensar en una motivación del homicidio». Ello en tanto que, para asegurar que «el reclamo de la suma de dinero dada en préstamo por Bedia [...] pudo funcionar como desencadenante del homicidio», el tribunal de juicio compulsó las declaraciones de Marlene Bedia y María Beltrán (hija y amiga de la víctima, respectivamente). De esta manera, el a quo tuvo por acreditado que el préstamo existió y que el acusado había recibido la suma de \$20.000 (ver fundamentos, fs. 773).

Frente a estas precisiones, debe decirse, la defensa tampoco ha ensayado una explicación alternativa razonable respaldada en el plexo probatorio incorporado al proceso, motivo por el que las críticas indicadas en este punto no pueden tener recibimiento favorable.

En tercer lugar, respecto de la valoración del tiempo estimado de muerte, debe decirse que las apreciaciones del tribunal no contienen las arbitrariedades que el recurrente indica. En efecto, las

apreciaciones del tribunal de juicio no se separan de lo aseverado por el Dr. Barrera, profesional encargado de realizar el informe de necropsia incorporado a fs. 289, sino que se adecuan a sus precisiones.

De acuerdo con el acta de procedimiento incorporada al proceso (ver fs. 90/91 y fs. 762), el hallazgo de los restos de la Marina Beltrán se produjo el día 21 de abril de 2017, es decir, 9 días después de su desaparición en la madrugada del 12 de abril de ese año. Conforme con las precisiones del Dr. Beltrán, la fecha de muerte fue fijada entre tres y siete días anteriores al hallazgo, pero con un rango de error de hasta cinco días, es decir, con un «rango de unos doce días anteriores al hallazgo en relación a la fecha probable de muerte y en cualquiera de esos días en el rango temporal» (ver fundamentos, fs. 766).

De lo anterior se desprende, con claridad según entiendo, que la fecha de desaparición de Marina Bedia (esta es, la fecha de muerte para el tribunal de sentencia) queda comprendida en el margen establecido por el profesional forense. El hecho de que este no haya podido precisar la fecha de muerte se debió, como lo detalló el tribunal, a que el cadáver de Bedia presentó dos estados evolutivos de putrefacción y a que fue comido por animales carroñeros (ver fundamentos, fs. 766).

Por ello, al quedar comprendida la fecha fijada por la acusación (entre las últimas horas del 11 de abril y las primeras de del 12 de abril de 2017) en el margen probable de muerte establecido por el profesional forense, no puede sostenerse, como lo hace la defensa, que dicha fecha se haya apartado de las precisiones dadas en la necropsia incorporada de fs. 289.

Sobre este punto, además, no puede soslayarse que el recurrente no explica porqué las estimaciones del tribunal acerca de la fecha de muerte implican un punto relevante en el planteo de su defensa, es decir, qué otra fecha probable de muerte puede significar un mejoramiento de la posición del acusado, circunstancia que demuestra que la crítica en este punto es superficial y no alcanza a ilustrar un agravio capaz de prosperar.

Finalmente, debe decirse que, el hecho de que el tribunal de sentencia haya desacreditado los alegatos de la defensa al calificarlas de “meras conjeturas”, no puede ser un argumento capaz de empobrecer la labor argumentativa realizada en la sentencia. En efecto, la sentencia contiene una detallada individualización de cada una de las **premisas sostenidas por la defensa** en la etapa de debate **y una refutación basada en la prueba rendida en la causa**, hecho que indica que la estrategia defensiva fue valorada en su totalidad, de manera racional y sin el destrato que se denuncia (ver fundamentos, fs. 775 y vta.).

Con todo lo dicho entonces, puede afirmarse como conclusión que la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° II de la Primera Circunscripción Judicial no ha sido dictada de manera arbitraria, ilógica o con desapego de la prueba incorporada. Al contrario, el estudio de sus fundamentos demuestra que el razonamiento observado por el tribunal no ha dado saltos lógicos ni ha obviado considerar la estrategia defensiva, así como la prueba incorporada.

En este sentido, debe decirse finalmente, que los fundamentos de la sentencia criticada demuestran que los diversos indicios probados han sido sopesados de manera adecuada, situación frente a la que la

defensa no ha explicado por qué una sentencia basada en la concatenación de prueba indiciaria debe ser declarada arbitraria por vulnerar los principios de la lógica, la psicología o la experiencia común.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 34 de del Segundo Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Juan Pablo Ildarraz en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 782/787 vta por las defensa de Luis Alberto Araujo Arnija.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Juan Pablo Ildarraz en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

2- CAMARGO GARDE. 28-02-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=9>

Lex: Art. 80 inc. 1° y 11° del CP. Ley 26791. CEDAW. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Relación de pareja. Femicidio. VG. Dolo. Preterintencionalidad. Causalidad. Imputabilidad. Valoración de la prueba. Trastorno mental transitorio incompleto. Vínculo. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la **pena de prisión perpetua** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio doblemente agravado por el vínculo y por mediar una situación de violencia de género. (Art. 80 inc. 1° y 11° del CP.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios centrales: el nexo de causalidad, la imputabilidad y la omisión de valoración de la prueba.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 82, pronunciada por la Octava Cámara del Crimen- 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Precedente “C. H.”
- Precedente “G. R., J. J.”

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

(E.A.)

Fallo.

CUIJ: 13-04364892-0/1((018602-17080)). FC/C. G. F. F. P/HOMICIDIO CALIFICADO (17080) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104442446*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03768852-9/1 caratulada "Fc/ C. G., F. F. p/homicidio calificado s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro y tercero Dr. Pedro J. Llorente.

La defensa de F. F. C. G., interpone recurso de casación -fs. 618/663 vta.- contra la Sentencia N° 82 de fs. 596 y sus fundamentos de fs. 597/614 dictada por la entonces Octava Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, en la que se condena a su pupilo a la pena de prisión perpetua, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio doblemente agravado por el vínculo y por mediar una situación de violencia de género, ilícito previsto y penado por el artículo 80 incisos 1° y 11° del Código Penal.

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

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Resolución recurrida

En la sentencia impugnada, el tribunal a quo acreditó, con el grado de certeza requerido para el dictado de un pronunciamiento condenatorio, la hipótesis fáctica que integra el requerimiento acusatorio contenido en el auto de citación a juicio de fs. 440/444 vta., esto es que "...el día 15 de febrero de 2017, siendo aproximadamente las 17:30 hs., en el Barrio ..., F. C. G. le propinó golpes a su pareja, N. L. C. y, posteriormente, la tomó del cuello con sus manos presionando fuertemente sobre el mismo, lo que le produjo la muerte por asfixia por estrangulamiento" (fs. 197 vta.).

Para llegar a esta conclusión, el tribunal de sentencia consideró que la totalidad de la prueba incorporada debidamente a los presentes obrados, permitía concluir con certeza sobre la concurrencia del hecho intimado y la autoría del imputado en el evento criminoso.

Estos hechos fueron calificados bajo la figura de homicidio doblemente agravado, previsto y penado por el art. 80, inc. 1° y 11° del Código Penal, tras considerar que el acusado dio muerte en forma violenta a la víctima -N. L. C.-, con quien mantenía una relación de pareja y en un contexto donde mediaba violencia de género.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación deducido por la defensa del acusado se basa en los incisos 1° y 2° del art. 474 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo que lo vician de nulidad.

A su entender, el hecho material se encuentra acreditado en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, mas no en cuanto al modo y la consecuente autoría responsable del sindicado. Los agravios, así están dirigidos a los siguientes puntos.

a. Nexo de causalidad. Errónea calificación legal

Afirma que la calificación legal que debió aplicar el inferior es la de homicidio preterintencional, debido a que han sido los golpes que su defendido propinó a la víctima, y no la asfixia por estrangulamiento, los que explican el resultado mortal padecido por ella. Para sostener esta idea, indica que la necropsia ofrecida por el Dr. A, individualizó a la asfixia no como una causa de muerte autónoma sino como una más entre otras.

Reforzando esa idea, recurre al informe forense en cuanto explica que el origen del resultado fatal se encuentra en el edema cerebral desencadenado por los golpes recibidos en la zona auricular derecha y el ojo derecho.

A modo de conclusión, asegura que el vínculo de causalidad entre golpes y muerte es explicativo de una falta de intención homicida, pues el **medio empleado no debía razonablemente causar la muerte**.

Lo dicho conduciría, siempre según su propuesta, a modificar la calificación legal a la figura de homicidio preterintencional, caracterizada por el hecho de que el resultado excedió las consecuencias perseguidas por el autor con su obrar.

b. Imputabilidad

Ya en el plano de la culpabilidad, la defensa asevera que su pupilo se encontraba al momento del hecho **bajo los efectos del alcohol y el consumo de drogas**, por lo cual se encontraba en un estado de obnubilación que no le permitía analizar en concreto la situación y ver todas las posibilidades que excedieran el daño físico y las lesiones. Esa idea se apoya en términos prácticos en los informes de los psiquiatras y psicólogos forenses.

c. Omisión de valoración de prueba

El recurrente cuestiona la omisión de valoración de diversos elementos probatorios debidamente incorporados al expediente. En particular: (a) la declaración testimonial de G. obrante a fs. 167/168; (b) la declaración de H. de fs. 33/34; y (c) la declaración de M. de fs. 355/356. De acuerdo a ese material probatorio, podría -siempre, a juicio de la defensa- desacreditarse la afirmación del sentenciante en el sentido que no hubo una pelea en el seno familiar previa al suceso aquí investigado.

Dicha información surgiría del aporte de G. en cuanto a que la casa presentaba un desorden típico de haber ocurrido una riña y una discusión, y de las otras dos declaraciones referidas a que la pareja tenía peleas constantes, y que se escucharon discusiones la noche anterior al día del hecho.

El efecto práctico del planteo referido se sitúa, según su visión, en que dicha omisión se materializó en el sostenimiento de una tesis contraria en perjuicio de su pupilo, lo que acarrea la nulidad de la sentencia por afectación del derecho de defensa.

Afirma que hubo violencia intrafamiliar y no de género, lo que se puede constatar con el sinnúmero de denuncias contra la supuesta víctima que se detallan en autos, en consecuencia el pronunciamiento es ilegítimo, ya que omitió considerar pruebas esenciales, que de haber sido merituadas hubieran podido suscitar conclusiones diferentes.

Menciona que la doctrina de la arbitrariedad nulifica todo acto sentencial que no trate los planteos de las partes conducentes para la decisión del juicio. Cita doctrina y jurisprudencia de la Corte Federal.

Considera que la sentencia se apartó notoriamente de las constancias de la causa y se encuentra insuficientemente fundada, ya que el tribunal para acreditar la participación de su defendido en el hecho se apartó de las circunstancias de la causa.

Realiza reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El titular del Ministerio Público Fiscal emite su dictamen a fs. 669/671 vta., considerando que desde una perspectiva externa correspondería aceptar la procedencia formal del recurso de casación, con la consiguiente apertura al examen de la cuestión sustancial.

Manifiesta que, los exámenes médicos no resultan discordantes con las causas del deceso de la víctima y que la pelea entre la pareja que sostiene el recurrente ha quedado descartada por la falta de lesiones que presentaba el sindicado.

Entiende que no se puede aceptar la propuesta de la defensa en cuanto al cambio de calificación legal, ya que los medios empleados por el imputado son idóneos para causar la muerte, especialmente el estrangulamiento.

Advierte que corresponde validar en un todo la decisión del tribunal, en cuanto condenó al imputado por homicidio agravado por el vínculo y por mediar una situación de violencia de género y postula el rechazo del recurso casatorio interpuesto.

4.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Examinadas las constancias de la causa y el recurso de casación interpuesto por la defensa, adelanto mi postura respecto de su rechazo por las razones que paso a exponer.

Ante todo, y a los fines de simplificar el razonamiento necesario para dar solución a la cuestión planteada, deben detallarse los aspectos de la sentencia que no han sido cuestionados, y que, por lo tanto, han adquirido firmeza.

Es dable destacar que la defensa no cuestiona la materialidad de los hechos sino que, por el contrario, solo cuestiona algunos aspectos concretos de su existencia y el significado que se les ha otorgado. Los puntos concretos puestos en tela de juicio justifican expedirse sobre los siguientes aspectos: (a) la calificación del hecho como homicidio doloso; (b) la imputabilidad del autor; y (c) la valoración judicial de la prueba.

I. Causalidad

Como mencioné al momento de la extracción de agravios, el argumento central de la defensa en este punto se sitúa en que la **intención de su defendido fue lesionar y no matar**. De tal modo, y apoyado en la prueba pericial incorporada, propicia una **hipótesis de preterintencionalidad**. Veamos si el pedido tiene la fuerza para desvirtuar la sentencia.

De acuerdo con el defensor, no se ha podido demostrar que el estrangulamiento sea la causa de la muerte y, por el contrario, han sido los golpes los que explican el resultado fatal. Teniendo en cuenta que estos no debieron razonablemente causar la muerte, el resultado debe imputarse a título de culpa.

Este planteo debe ser abordado desde una doble perspectiva: teórica y práctica. En términos teóricos, debemos preguntarnos si la plataforma fáctica propuesta por la defensa, esto es, que han sido los golpes y no el estrangulamiento lo que explica la muerte, es susceptible de ser significada como dolosa. Si contestamos afirmativamente esta cuestión, no tendría sentido analizar el argumento de la causalidad, pues aún dando la razón al recurrente el resultado de la sentencia se mantendría incólumne.

Creo que, en este sentido, es la primera alternativa la que debe ser adoptada. Dicho en términos sencillos, es indiferente si lo que provocó la muerte fue el estrangulamiento o la golpiza, en tanto ellos no constituyen comportamientos individuales sino aportes solipsistas a un acontecer global, de modo que no existe un dolo distinto en el estrangulamiento que en la aplicación de los golpes. En otras palabras, lo que debe ser significado como doloso o culposo es el suceso completo no los movimientos corporales individuales que realiza el autor.

En este sentido, comparto el análisis del a quo, que luego de analizar esta divergencia en la causa de la muerte planteada en los alegatos entre defensa y fiscal, concluyó que fue el conjunto de maniobras estrangulativas y traumatismos severos los que llevaron a la muerte de la víctima. Para así resolver, hizo referencia a la dimensión de la golpiza, la que entendió importante en el examen del aspecto subjetivo del delito, transcribiendo el informe de la necropsia a fs. 606/vta, que da cuenta de aproximadamente veinte lesiones distintas en la cabeza, el rostro cuello, pecho, estómago, espalda, cadera, muslo y rodilla de la víctima. Asimismo, tuvo en cuenta, que el perito de parte admitió que su conclusión sobre la causa de la muerte era una conjetura basada en su experiencia profesional.

Además el juzgador entendió que el médico omitió valorar un dato fundamental: la debilidad física de la víctima que le impidió “ejercitar una mínima resistencia, y por ende, facilitaba el acometimiento”, y que la falta de lesiones del condenado demostró claramente que no hubo resistencia por parte de la víctima.

El significado doloso atribuido al suceso se basó, de ese modo, tanto en la dimensión de la golpiza como en la diferencia física que existía entre ambos sujetos, ya que el imputado es una persona corpulenta de aproximadamente un metro noventa de estatura, y un peso de alrededor de cien kilos, de lo que concluye que el ejecutor no tuvo obstáculo alguno para tomar el cuello de la víctima y mantener la compresión para estrangularla.

Asimismo, el tribunal entendió atendible el planteo del Fiscal de Cámara que objetó la equiparación de los dictámenes del CMF y el perito de parte, en cuanto este último no participó de la necropsia, lo que marca una diferencia importante a favor de la opinión del médico forense. Además, valoró la declaración de la Dra. B. del CMF, quien ratificó que la muerte se produjo por el estrangulamiento, y concluyó que la interpretación que realizó el perito de parte, no tuvo suficiente consistencia para contradecir la opinión científica de la médica forense.

Luego de este análisis, estoy en condiciones de afirmar que el sentenciante llegó al estado de conocimiento necesario para dictar una condena de manera razonada, valorando las pruebas de forma conjunta de acuerdo lo establece la sana crítica racional.

Resta decir que como esta Corte lo ha sostenido en varios pronunciamientos, el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quién invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior.

Por lo dicho, creo que **el cambio de calificación no resulta procedente**, y que el extenso análisis doctrinario y jurisprudencial ofrecido por el tribunal de juicio nos pone ante un acto jurisdiccional fundado satisfactoriamente, que ha aplicado correctamente la figura de homicidio doblemente agravado por el vínculo y por mediar una situación de violencia de género.

II.- Estado mental del imputado al momento del hecho

Si bien la defensa sostiene que el imputado actuó bajo los efectos de un **trastorno mental transitorio incompleto**, el sentenciante descartó esta hipótesis, analizando el informe del psiquiatra de parte, entendiendo que éste soslayó en su informe tres datos de relevancia determinantes.

En primer lugar, que el imputado estuvo unas cuatro horas con paradero desconocido, y que “teniendo en cuenta sus antecedentes de consumo de alcohol y sustancias psicoactivas, no resulta irrazonable que hubiera intentando calmar su ansiedad por esos medios”.

En segundo lugar, que el imputado acudió a la casa de su vecina luego del hecho, y ésta declaró de modo detallado, preciso y contundente, que no advirtió que presentara señales de haber consumido alcohol o drogas, en este sentido advierte el inferior, que si bien la testigo no es médico, conocía al sindicado y podía distinguir cuándo estaba sobrio y cuándo estaba ebrio o intoxicado.

Por último, el a quo entendió que de los expedientes traídos a ad effecrum videndi los que fueron incorporados como prueba al debate, surgió que el sindicado es una persona que registra antecedentes de consumo crónico de alcohol y estupefacientes, por lo que su **tolerancia a estos estimulantes es alta**.

El análisis anterior y lo manifestado por la psicóloga del CMF, Lic. M., quien al ser preguntada, se expresó en el mismo sentido (en cuanto que la conducta del imputado posterior al hecho, de organizarse, irse del lugar no podrían haberse llevado a cabo en el marco de un trastorno mental transitorio incompleto), llevaron al tribunal a rechazar la duda instalada por la defensa, respecto del estado mental del imputado al momento del hecho.

Resta agregar, que el razonamiento realizado por el inferior es correcto y se ha realizado en forma razonada, sin que se adviertan errores que afecten las conclusiones a las que arribó a partir de la valoración de las pruebas, por lo que el agravio no puede prosperar.

III.- Omisión de valoración de prueba

El recurrente afirma que el inferior omitió valorar algunas pruebas como, testimoniales que acreditaron la pelea entre la pareja, el estado de intoxicación del imputado al momento del hecho, el resultado de la necropsia y los informes médicos que explican las causas de la muerte.

Del análisis de la sentencia se advierte las afirmaciones de la defensa no reflejan el contenido de la sentencia. Por el contrario, puedo afirmar que el juzgador ha descartado con acierto la existencia de una pelea o riña entre la pareja a partir de las declaraciones de los testigos, como surge de los fundamentos.

En efecto, del relato de D. H., amigo del imputado, no surge que la existencia de una pelea anterior al desenlace fatal, como tampoco de la declaración de E. M., vecino de la pareja, quien sólo hizo referencia a que escuchó una discusión la noche anterior. Por otra parte el funcionario de policía científica, A. G. -el primero en llegar al lugar del hecho- manifestó en el debate que en el lugar se encontraba el desorden típico de la convivencia, pero no por una riña o pelea. El inferior valoró esta declaración, y así también lo que este testigo manifestó en la audiencia de debate, momento en que aclaró que el desorden que vio en la casa era el propio de la vida cotidiana.

Del examen anterior se desprende que de los testimonios no surgió que haya existido una riña, como afirma el recurrente. Sumado a lo anterior la ausencia de lesiones del imputado, llevaron al inferior a descartar esta posibilidad. Por lo tanto, la existencia de una pelea anterior al homicidio resulta una afirmación de la defensa huérfana de sustento probatorio, y el agravio no puede prosperar.

IV. Sobre la existencia de un contexto de violencia de género

Por último, la defensa ha planteado la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar como aquel en el cual se desarrolló el ilícito, mientras que el a quo consideró que los hechos investigados resultaban encuadrados en el delito de femicidio, ilícito incorporado al código de fondo mediante **ley 26.791**, mediante la cual se introduce la fórmula del inciso 11 al artículo 80 del Código Penal, que dice al que matare “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

Al respecto, considero oportuno efectuar una serie de consideraciones vinculadas a las particularidades que presentan casos como el analizado.

Como juzgadores somos absolutamente conscientes de la existencia de la violencia de género y de todos los compromisos asumidos por el Estado para tratar de prevenir y mitigar este flagelo. La violencia de género, por tratarse de un elemento normativo de la figura legal, a diferencia de los elementos descriptivos que son captables por los sentidos o comprobables fácticamente, exige una **valoración jurídico-cultural**, y por ende es indispensable buscarla en otros instrumentos legales que, sin lugar a dudas, son anteriores a la Ley 26.791 de reforma al Código Penal y que han servido como germen para su nacimiento.

Efectivamente, y en lo que hace estrictamente al marco normativo, nuestro país incorporó en el ordenamiento interno dos instrumentos esenciales vinculados a la problemática de la violencia de género contra la mujer. Por un lado, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (**CEDAW**), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1979, ratificada por el Estado Argentino mediante la sanción de la Ley 23.179 del año 1985, y elevada al rango constitucional mediante la reforma de la Carta Magna, al incorporarla en la enumeración contenida en el segundo párrafo del art. 75 inc. 22.

Por otro, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) creada en el año 1994 en el marco de la Organización de Estados Americanos, aprobada e incorporada al ordenamiento argentino en el año 1996 por Ley 24.632, y que

goza de rango constitucional. La **Declaración de la ONU sobre Eliminación de la violencia contra las mujeres (20/12/1993)** utiliza el término “violencia de género o violencia contra las mujeres” para referirse a todo acto de violencia basado en la pertenencia al **sexo femenino** que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción privada o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada

En nuestro país, las directrices internacionales fueron recogidas en el año 2009 se sancionó en nuestro país la **Ley Nacional N° 26485** de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales” que ha conceptualizado en su art. 4. a la violencia contra la mujer como: "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...". Luego de ello, y ya en el año 2012, se materializó en **Ley 26791** que incorporó la temática a la legislación penal mediante la figura del art. 80 inc.11.

El complejo marco normativo escuetamente precitado, no hace más que reflejar la importancia y necesidad en que determinación de responsabilidades penales respecto de hechos que han tenido lugar en un contexto de violencia de género.

De acuerdo a lo dicho, según mi opinión, la sentencia interpretó los hechos y valoró el complejo material probatorio reunido y debidamente acompañado e incorporado en autos, conforme a los lineamientos señalados precedentemente, lo que condujo su razonamiento a interpretar y justificar, de manera suficiente, que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

A tal conclusión arriba tras meritar que, a diferencia de lo sostenido por el defensor, entiendo que en el caso concurren los elementos propios de un contexto propio de la violencia de género. En este sentido, mientras la defensa destaca que la existencia de denuncias contra la víctima sería demostrativo de la inexistencia de una relación desigual de poder, considero que las características de la relación de pareja que mantenían los protagonistas del conflicto, sumado al modo en que se ejecutó la agresión, permiten inferir un contexto como el referido.

En relación al argumento de la defensa, coincido con el a quo en el sentido que las denuncias dirigidas a la víctima no fueron provenientes de su pareja sino de su madre, y por ende no tienen ninguna entidad para caracterizar la relación entre ellos.

Al respecto, resulta evidente que el modo en que ella se haya manejado en su vida privada fuera de su relación con su pareja es absolutamente intrascendente para la solución del caso, en tanto es posible que una misma persona se establezca relaciones agresivas y violentas con algunas personas de su entorno, y al mismo tiempo sea sometida en otras. En el caso, el razonamiento de la defensa aporta exclusivamente a caracterizar la relación entre la víctima y su progenitora, pero esa circunstancia en nada contribuye a configurar el vínculo con su pareja.

Por otro lado, sí existen elementos probatorios incorporados a la causa que permiten demostrar la concurrencia de los elementos que hacen a una **relación de poder basada en el género**. En primer lugar, el tipo de agresión física que sufrió la víctima refleja no solo un simple ataque, sino un ejercicio de la especial posición de poder que el imputado gozaba por su calidad de hombre. Esto se observa en la cantidad de golpes propinados, los hematomas que quedaron en el cuerpo de la mujer y las equimosis y excoriaciones.

Por otro lado, también los vecinos del barrio han aportado elementos para reconstruir la relación de pareja. Así, mientras H. indicó que era “mala”, y que “se llevaban mal”, M. aportó una situación concreta en que, en una tarde de enero, escuchó una discusión y a C. intentar ahogar en la pileta a la víctima mientras la hija de ambos (en ese momento, de dos años) lloraba (fs. 600/601). Asimismo, el ejercicio de esa posición de poder se refleja también en la declaración de la vecina J. G.. Esa testigo indicó, por un lado, que antes de llegar a la escena de los hechos escuchó que C. venía por el pasillo y le decía a la madre de la víctima “que no fuera a otra vecina”. Igualmente, recordó que un mes antes del hecho la víctima se había ido de la vivienda pero luego regresó (fs. 602 vta.).

Como se adelantó, tanto las características de los golpes que dieron lugar a la muerte como la reconstrucción de la relación entre la pareja permiten afirmar, en el caso, que la violencia física y psicológica que ejercía el acusado sobre la víctima discurre correctamente bajo los términos del inc. 11 del art. 80 C.P., esto es, en el tipo penal de femicidio (...se impondrá prisión perpetua [...] al que matare [...] a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género...). En efecto, la motivación en el actuar del acusado, en tanto elemento ultra intencional al momento de acabar con la vida de su pareja, no obsta a la apreciación de esta agravante, si se ha verificado objetivamente que existía entre víctima y victimario una relación de asimetría que sometía la vida de la primera, por su condición de mujer, a la voluntad del segundo.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo lo expuesto, y oído el señor Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación intentado por la defensa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Pedro J. Llorente adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio

Sobre la misma cuestión el Dr. Mario D. Adaro dijo:

Comparto los fundamentos por los cuales el Ministro que lidera el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C. G. y, en su consecuencia, confirmar el dictum puesto en crisis. Sin embargo, encuentro oportuno precisar algunos aspectos en torno a la agravante cuestionada por la defensa.

Según entendí en el **precedente “C. H.”** para considerar acreditado que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género «[...] entre la ejecución del homicidio y la violencia de género debe existir una relación de mediación no en tanto elemento subjetivo ultra intencional, sino como contexto objetivo de violencia que precede y motiva la ejecución. Este último hace referencia a una relación de sometimiento entre victimario y víctima (asimetría) que coloca a esta última en una especial posición desventajosa por su condición de mujer» (“C.H., S.”).

En efecto, entiendo que la violencia de género requerida por el tipo agravado, presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor, en donde la mujer se encuentra en una situación de sometimiento y de vulnerabilidad, circunstancia que encuentra su génesis en las distintas formas de violencia que el hombre puede ejercer hacia la mujer en una sociedad estructuralmente desigual, las que se encuentran definidas –tal como lo destaca el ministro preopinante– en la Ley 26.485 (arts. 4 y 5).

Esta relación normativa que vincula el tipo básico con los elementos exigidos por la figura calificada del femicidio, se encuentra debidamente probado en autos, a través de los testimonios que dieron cuenta de los distintos episodios de violencia sufrido por la víctima por parte de Camargo, los que fueron debidamente analizados por el a quo y reiterados en el voto preopinante -a los que, reitero, adhiero en su totalidad-, y que sólo pueden ser interpretados adecuadamente desde una cabal comprensión de todas las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los reiterados comportamientos violentos en su perjuicio y su exposición a una escalada de violencia cada vez de mayor riesgo, extremo que finalmente se evidenció con su femicidio.

De este modo, entiendo que resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el “ciclo de violencia”.

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in **re “G. R.”**, que “[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder

lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la **igualdad de género** (“G. R., J. J.”).

Sostuve también en el citado precedente, que advertía como primer orden de dificultad que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

En este entendimiento, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW, ONU) advierte la mayor visibilidad del femicidio y la necesidad de adoptar medidas para su prevención y sanción, enfatizando la necesidad de dar seguimiento a la aplicación de dicho tipo penal y sus agravantes por los distintos operadores del derecho.

De esta manera, se advierte que el juzgador, con una mirada integral de la problemática, cumplió con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En suma, mi interés por subrayar los conceptos vertidos precedentemente, tiene por objeto exhortar a los operadores del derecho al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de este sector vulnerable de la población con el necesario enfoque de género.

ASI VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. E. R. I. en la suma de pesos

veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 618/663 vta. por la defensa del imputado F. F. C. G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. E. R. I. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

3- AGOSTI. 28-02-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=11>

Lex: Arts. 12, 19, 41 y 84 del CP. Art. 474, incs. 1° y 2° del CPP.

Vox: Homicidio Culposo. Inhabilitación especial y absoluta. Arma de Fuego. Valoración de la prueba. Error en los presupuestos de la legítima defensa. Evitabilidad del error en los presupuestos de una causal de justificación. Individualización de la pena. Prohibición de doble valoración. Sistema de gravedad continua.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión** más inhabilitación absoluta por igual término de la condena e Inhabilitación Especial para ejercer cargos o funciones en las Fuerzas de Seguridad Pública por diez años, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de **Homicidio Culposo**.

La **defensa** interpone recurso de casación considerando que existió una incorrecta valoración de la prueba que derivó en un error en cuanto a la aplicación de la ley sustantiva. Además, cuestiona las condiciones objetivas para la aplicación de la pena.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Resaltó que es imposible reevaluar la valoración de testimonios en virtud del principio de inmediación, destacando que el tribunal de sentencia realizó una minuciosa y contemplativa valoración del plexo probatorio en su conjunto. En cuanto al establecimiento de la pena concluyó que se encontraba comprendida dentro de la escala legal aplicable y que no resultaba desproporcionada.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de R.D.A.I, confirmando el resolutivo del a quo.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7.961, pronunciada por la Primera Cámara de Crimen (hoy TPC N° 1)-1° CJ.

Doctrina citada

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137.

Parágrafos destacados

“...en muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la **prohibición de doble valoración** impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la **intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho**. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado”.

Precedentes relacionados

- Iturri. 29-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=781>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Garay.

(S.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04367221-9/1((018601-159027)). F. C/ AGOSTI IMBESI, RUBEN DARIO P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (159027) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104444909*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04367221-9/1, caratulada "Fc/ Agosti Imbesi, Ruben Darío p/ Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el Dr. José V. Valerio; segundo, el Dr. Pedro J. Llorente y tercero, el Dr. Dalmiro Garay Cueli.

La defensa de Rubén Darío Agosti Imbesi interpone recurso de casación (ver fs. 1285/1328) contra la Sentencia N° 7.961 de la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos (ver fs. 1261 y fs. 1264/1282), en tanto que condena al acusado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión con más la pena de inhabilitación absoluta por igual término e inhabilitación especial para ejercer cargos o funciones en las fuerzas de seguridad pública por el término de diez años, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo que se le imputa en los autos N° P-159.027/12 (arts. 12, 19, 29 inc. 3° y 84 del C.P.; arts. 557, 560 del C.P.P.)

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión el Dr. José v. Valerio dijo:

I.- Resolución recurrida

En fecha 18 de mayo de 2018, el tribunal consideró corroborada la plataforma fáctica descrita en el requerimiento de citación a juicio, esto es, que «[e]l día 11 de noviembre de 2012, aproximadamente a las 21:00 horas, en la despensa "San Cayetano", sita en calle Padre Vázquez N° 970 de Gutiérrez, Maipú, se encontraban María Imbesi, dueña del local, hablando con Matías Ezequiel Torres y Melisa Macarena Stocco, cuando ingresaron dos sujetos -aún no identificados ni habidos- munidos de armas de fuego, quienes intentaron sustraer elementos del lugar, forcejeando con María Imbesi quien gritó pidiendo auxilio, razón por la que los sujetos se dieron a la fuga».

«Instantes después y en éstas circunstancias, el hijo de Imbesi, Rubén Darío Agosti, quien se encontraba en la parte superior de la vivienda, ingresó al local comercial por una puerta interna y disparó su arma de fuego contra Torres en dos oportunidades, provocándole heridas de gravedad que posteriormente le ocasionaron su muerte» (ver fundamentos, fs. 1275 vta.).

Luego de realizar cuantiosas precisiones dogmáticas acerca del error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación y, en concreto, respecto de la defensa putativa, el tribunal entendió que el acusado actuó completamente a ciegas y que no tomó ningún recaudo para examinar las circunstancias de hecho a las que iba a ingresar armado. En este sentido, destacó que Agosti ingresó con un arma de fuego cargada y lista para disparar a un lugar de acceso público, y que realizó dos disparos en zonas de alto riesgo vital incrementando sustancialmente la posibilidad de muerte de Ezequiel Torres, quien no portaba armas -sino su billetera y un casco- y quien gritó “yo no soy”, “yo no soy el chorro”. Todo ello demuestra, según aseveró el tribunal, que el acusado pudo -y que le era exigible- comportarse de modo prudente ante el llamado de atención o la alarma que se configura ante el conocimiento de estar actuando en un contexto de afectación de bienes jurídicos ajenos (ver fundamentos, fs. 1278 vta./1279).

De este modo el a quo sostuvo que, siendo previsible el resultado de muerte de una persona completamente ajena a la agresión, el acusado incumplió deberes de cuidado que podía cumplir a fin de evitar el error sobre la situación de defensa, razón por la que el reproche penal merecido debía canalizarse conforme la escala del delito imprudente de homicidio (ver fundamentos, fs. 1279 vta.).

Para llegar a aquellas conclusiones, tras detallar los puntos sobre los que existieron acuerdo entre la acusación y la defensa, el tribunal de sentencia destacó que permanecían controvertidos aspectos sustanciales de las circunstancias periféricas objetivas del hecho, en concreto, la permanencia de la Sra. Imbesi y los asaltantes en el local, detalle relevante en particular respecto de la evitabilidad del error sobre los presupuestos de hecho de la legítima defensa (ver fundamentos, fs. 1265/1267).

Así, el tribunal explicó cuáles eran las hipótesis en juego y sostuvo que la posición del Ministerio Público Fiscal, apoyada en la privilegiada posición de observación de los testigos Stocco y Gómez, resultaba más adecuada a la realidad de los hechos puesto que, además de no constatar que el testigo Gómez tuviese interés alguno en el resultado del juicio o que existiese posibilidad alguna de colusión, ambos coincidieron en lo sustancial y le generaron una impresión de absoluta sinceridad. Asimismo, destacó que la Sra. María Imbesi, madre del acusado, no pudo explicar la posición de los autores del robo ni el de la víctima en el lugar de los hechos (ver fundamentos, fs. 1268).

II.- Recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1° y 2° del C.P.P. de la provincia de Mendoza, esto es, debido a la presencia de vicios in iudicando e in procedendo.

Preliminarmente indica que los vicios se encuentran lógicamente relacionados, dado que una incorrecta valoración de la prueba ha llevado al a quo a cometer un error en cuanto a la aplicación de la ley

sustantiva. Luego, indica que se han vulnerado los principios de la sana crítica racional, en concreto, los principios de la lógica al momento de seleccionar y valorar las pruebas.

Realiza precisiones doctrinales y jurisprudenciales y concuerda con la postura del representante del Ministerio Público Fiscal, en tanto este señaló que el hecho no puede ser subsumido en la figura de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, sino como un supuesto de error respecto de los presupuestos objetivos de la legítima defensa. De esta manera, el letrado defensor acuerda que resulta central la determinación de las circunstancias fácticas que se tuvieron por acreditadas a fin de poder precisar si el error fue evitable o no, pero advierte que el tribunal a quo seleccionó y valoró la prueba de manera inadecuada, lo que lo llevó a una equivocación sobre la calificación del error en el que incurrió el acusado.

Para sostener lo anterior, repasa los argumentos de la sentencia y apunta que los testimonios fueron valorados de manera incorrecta, ya que el tribunal ha interpretado cada intervención de los testigos en el hecho de manera aislada, sin considerarlos conjuntamente.

Asimismo, sostiene que la sentencia le asignó mayor peso convictivo a los testigos Stocco y Gómez por sobre los testimonios de Imbesi, García y Soria, lo que entiende arbitrario puesto que no existían elementos serios, lógicos y razonables para efectuar tal diferencia. En este aspecto la defensa señala, que el tribunal especuló al sostener que los testigos García y Soria pudieron estar condicionados por su relación contractual con Imbesi, y que éste no tuvo sustento para afirmar que Soria y García “acomodaron” sus testimonios a la declaración del acusado. Recuerda que los dichos de tales testigos coinciden con la prueba documental labrada minutos después del hecho, lo que demuestra que no pudo existir tal maniobra de acomodamiento.

Se agravia por el modo en que el tribunal de sentencia valoró el estado emocional del testigo Soria e indica que éste no se encontraba nervioso, sino conmovido por situaciones personales que individualiza.

Además, indica que la descalificación del testimonio de Imbesi fue arbitraria, toda vez que el tribunal le restó peso convictivo debido a su falta de memoria respecto de algunas circunstancias fácticas, lo que entiende inadecuado atento a la dinámica del suceso. Repasa la intervención de cada uno de los protagonistas en el hecho y precisa que es lógico que la testigo no haya podido ver a las demás personas presentes.

Con todo lo dicho, la defensa afirma que los errores en la valoración de la prueba le restan certeza a la plataforma fáctica acreditada por el tribunal a quo y que una correcta interpretación hubiera llevado a concluir que los delincuentes y la Sra. Imbesi se encontraban en el interior del local comercial en el momento en el que el acusado disparó.

Como conclusión en este pasaje, el recurrente indica que las circunstancias fácticas acreditadas por el a quo, de manera errónea, han incidido en el juicio de exigibilidad formulado al acusado para tener por acreditado un error de tipo evitable, razón por la que solicita un nuevo análisis sobre el punto.

En otro orden de ideas -y de manera subsidiaria-, la defensa detalla vicios en el proceso de determinación de la pena y sostiene que la sentencia contiene una fundamentación aparente y errada.

Indica que el a quo no utilizó el sistema de “escala de gravedad continua” -que demanda iniciar las consideraciones relativas a la pena desde el mínimo legal de la escala penal e incrementar el monto conforme con las circunstancias agravantes-, sino que inició su valoración desde el mínimo del tercio mayor de la escala original, lo que determinó que fijara un monto exagerado respecto de las circunstancias agravantes consideradas. Con ello, entiende que las condiciones objetivas seleccionadas conforme con las pautas del art. 41 del C.P. no resultan adecuadas dado que no se valoraron los motivos que llevaron al acusado a delinquir, esto es, el ejercicio de una legítima defensa propia y de terceros. En este aspecto, además, el letrado indica que el error en la circunstancia objetiva de la legítima defensa no fue valorado por el sentenciante, lo que significó una postura arbitraria que impactó en el monto de la pena.

La defensa se agravia también porque el a quo valoró el uso del arma de fuego en un sentido agravante, lo que entiende desacertado ya que aquel uso significó un medio racional de defensa atento a las características del hecho. En este sentido, además, sostiene que es ilógico que se haya utilizado como condición objetiva agravante la circunstancia de que el arma haya sido provista por el Estado provincial.

Plantea que se ha vulnerado la prohibición de doble valoración, ya que el tribunal de sentencia valoró en un sentido agravante la extensión del daño, lo que entiende incorrecto porque el resultado “muerte” ya fue contemplado por el legislador al determinar la escala aplicable.

Finalmente el letrado recurrente indica que el tribunal de sentencia omitió considerar, en el marco de las condiciones personales para la determinación de la pena, el hecho de que Agosti haya actuado en defensa de su madre, quien era atacada salvajemente.

Con base en las consideraciones hechas la defensa solicita la absolución del acusado e informar el recurso oralmente. Asimismo, formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras exponer sucintamente los agravios de la parte recurrente, recomienda desechar el recurso de casación formulado por entender que resulta sustancialmente improcedente.

En lo relativo a la impugnación de la valoración de los testimonios producidos en el debate, señala de manera preliminar que esta instancia impide reevaluar dicha valoración debido a los límites que se desprenden del principio de inmediación. No obstante, indica que la fundamentación del tribunal de sentencia al respecto es sumamente minuciosa y contemplativa del plexo probatorio en su conjunto.

Repasa las consideraciones del tribunal respecto de las declaraciones de los testigos Stocco, pareja de la víctima, y Gómez, para resaltar que han sido coincidentes al señalar que los responsables del robo ya habían abandonado el local cuando el acusado disparó.

En otro orden de ideas indica que la hipótesis defensiva, que señala que los delincuentes se encontraban dentro del local comercial robado y que fue inevitable para el acusado incurrir en error, fue considerada de manera expresa por el tribunal de juicio.

En lo relativo a las consideraciones atinentes a la individualización de la pena, el señor Procurador indica que la misma se encuentra comprendida dentro de la escala legal aplicable y que no resulta desproporcionada.

Al respecto entiende correcta la apreciación del a quo al sostener que, el acusado actuó en infracción a los deberes de cuidado y examen que le incumbían frente a una situación de altísimo riesgo vital para terceros, y que podía cumplir con ellos. Asimismo, estima válida la consideración de que el uso de un arma de fuego provista por el Estado le otorga mayor disvalor al hecho, puesto que Agosti era depositario de una especial confianza de la sociedad que se vio defraudada.

Finalmente, repasa la valoración del tribunal respecto del daño causado y sostiene que de ningún modo puede considerarse que la sentencia esté contradictoriamente motivada o que sea arbitraria.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por el letrado de defensor y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia proveniente de la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial. Veamos.

Según entiendo, el recurso presentado por la defensa de Rubén Darío Agosti Imbesi plantea el examen de la sentencia condenatoria antes individualizada en dos planos diferentes. En primer lugar, uno referente a la valoración del plexo probatorio incorporado, puesto que el letrado recurrente entiende que la solución propiciada por el tribunal de sentencia respecto de la calificación jurídica de los hechos, se basó en premisas equivocadas que nacieron en una irracional valoración de la prueba (a.). En segundo lugar, un plano de análisis relativo a los argumentos utilizados por el a quo para individualizar la pena impuesta (b.). En lo que sigue, me expediré respecto de dichos puntos de análisis.

a. Acerca de la valoración de la prueba

La premisa fáctica sobre la que se funda la solución dogmática propuesta por la defensa se basa en la hipotética presencia de la madre del acusado (María Imbesi) y de tres asaltantes (dos de ellos armados) en la despensa “San Cayetano”, ocasión en la que estos mantenían a María en el suelo y en la que el acusado, tras ingresar al local por la puerta que lo comunica con su domicilio, disparó contra un cliente creyendo que este era miembro del grupo de sujetos que los asaltaba y que iba a agredirlo con un arma (ver declaración de Rubén Agosti detallada en los fundamentos, a fs. 1274). A partir de esta construcción, la defensa reclama la **inevitabilidad del error** del acusado al defenderse, razón por la que solicita la absolución de su pupilo.

Como se advierte, la propuesta defensiva no demanda en esta instancia un examen sobre los requisitos dogmáticos de la **evitabilidad del error en los presupuestos de una causal de justificación**, ni acerca de la ubicación sistemática de este instituto jurídico penal en la teoría del delito, sino un examen acerca de los argumentos que el tribunal de mérito utilizó para sostener que la prueba demuestra que el acusado actuó inmerso en un error evitable. Dicho de otro modo, en este acápite debe valorarse si la prueba rendida en el debate fue adecuadamente sopesada.

De acuerdo con esta idea marco, entiendo que los argumentos del letrado recurrente deben ser desestimados puesto que no encuentran respaldo alguno en las constancias de la causa.

En primer lugar, puesto que la defensa no otorga a este Cuerpo precisión alguna que explique, ni el modo en que las declaraciones de los testigos fueron cotejadas de manera fragmentada, ni el pretendido uso irracional de la prueba incorporada al debate. En este sentido, advierto que los puntos señalados como vicios en la valoración de los dichos de Imbesi, García y Soria, no dejan de ser meras discrepancias con la labor valorativa del a quo.

Ejemplo de lo anterior es que la defensa no indica en qué se basa la aludida ausencia de elementos probatorios en el examen realizado por el tribunal al otorgar mayor peso convictivo a los testimonios de cargo, ni otorga mayores datos para corroborar las “especulaciones” denunciadas respecto del juicio de credibilidad de los testimonios de descargo. Efectivamente, el recurrente se limita a señalar que el tribunal de mérito no tuvo sustento para aludir que los testimonios que avalaban la hipótesis defensiva estaban condicionados, siendo ésta una aseveración que no se condice con los aspectos evaluados en la sentencia a fs. 1272/1275.

Allí, el tribunal a quo sostuvo, entre otros argumentos que los testimonios de Soria y García «[a]parecen como manifestaciones de quienes percibieron los hechos a distancia y desde afuera del local sin poder observar lo que ocurría dentro pero, a la vez, están entrecortados por el hecho de que al oír el primer disparo intentan ocultarse detrás del automóvil, por lo que no pueden tener la percepción que tienen quienes se encuentran dentro del local. Sin embargo, y a pesar de que lo que intentaban era ocultarse para preservar su integridad parecen haber hecho denodado esfuerzo por observar la situación» (ver fundamentos, fs. 1273 y vta.).

Como se advierte, el tribunal de sentencia no valoró solamente la relación contractual de los testigos Soria y García con la madre del imputado para hacerse de juicios valorativos acerca de su credibilidad, sino que también evaluó aspectos objetivos de lo expresado por dichos testigos, como su ubicación geográfica en el devenir de los hechos, para así sostener que «[s]e trata de testimonios que [...] presentan lagunas respecto de aspectos relevantes de la dinámica del hecho», y que «[a]penas pueden percibir aspectos del hecho a distancia y en medio de su pretensión de esconderse de los disparos, por lo que su percepción del hecho es fragmentaria [...]» (ver fundamentos, fs. 1273 vta.).

Sobre estas valoraciones de tipo objetivo, el recurrente no plantea refutación alguna capaz de restarle fuerza convictiva, motivo por el que sus argumentos en este punto no pueden ser recibidos.

Con lo dicho, también debe sostenerse que no es adecuado el argumento defensivo que señala que el estado emocional del testigo Soria fue valorado de manera errónea, ya que la impresión que este generó en el debate, mediante los beneficios de la inmediación, no fue el único punto de análisis sobre el que el tribunal basó sus aseveraciones. En efecto, acerca del grado de convicción que le merecieron todos los testimonios de descargo, el tribunal a quo sostuvo que no pueden ser «[m]ás adecuados a la realidad que los testimonios de la Sra. Stocco y el joven Leonardo Gómez, quienes se encontraban dentro del local cuando sucedió el hecho y situados en un lugar privilegiado del escenario del suceso, que permitía una observación mucho más clara de los hechos» (ver fundamentos, fs. 1273 vta.).

Finalmente en este punto, debe decirse que la defensa no ofrece mayores precisiones acerca del modo en que los elementos probatorios incorporados al debate explican la dinámica del hecho de una manera diferente a la que tuvo por corroborada el tribunal de sentencia, razón por la que no puede sostenerse, así como lo hace el letrado recurrente, que es lógico que la testigo Imbesi haya olvidado algunas circunstancias fácticas del suceso.

En este pasaje, entiendo adecuadas las apreciaciones formuladas por la magistratura de juicio al señalar que la testigo María Imbesi no pudo explicar, ni la posición de los autores del robo, ni la de la víctima, circunstancia frente a la que la defensa pretendió alegar de modo aclaratorio que Ezequiel Torres salió en persecución de los delincuentes, siendo esta una hipótesis que no tuvo respaldo probatorio y que resultó, incluso, incompatible con la declaración del propio acusado, en tanto sostuvo que los ladrones aún estaban en el local cuando disparó (ver fundamentos, fs. 1275)

En conclusión, la plataforma fáctica imputada a Rubén Agosti ha sido corroborada de manera adecuada por el tribunal a quo, acudiendo no sólo a los indicios recolectados en el lugar del hecho y demás prueba instrumental, sino también a la confrontación de los testimonios de cargo y descargo, tarea en la que no se advierten arbitrariedades capaces de ilustrar una labor reprochable en esta instancia.

Por ello, debe decirse que el juicio de exigibilidad realizado por el tribunal de sentencia respecto de la **evitabilidad del error en los presupuestos de una causal de justificación**, ha sido realizado de manera correcta en lo que la defensa critica, esto es, en la acreditación de la plataforma fáctica a raíz de la valoración de la prueba.

b. Acerca del proceso de individualización de la pena

Los agravios señalados por la defensa respecto del proceso argumentativo en la individualización de la pena tampoco pueden prosperar puesto que no encuentran reparo en las constancias de la causa.

En primer lugar, debe decirse que el tribunal aplicó de manera adecuada el marco teórico con el que interpretó las **circunstancias fácticas del suceso**, razón por la que no pueden aceptarse los agravios relativos al uso incorrecto del **sistema de “gravedad continua”** para individualizar la pena dentro de la escala aplicable, en el caso, la del delito de homicidio imprudente (art. 84 del C.P.).

En efecto, contrariamente a lo sugerido por el letrado defensor, el tribunal no decidió de manera arbitraria iniciar el análisis de las **circunstancias agravantes desde el límite inferior de último tercio de la escala**

penal, sino que, tras evaluar todos los aspectos objetivos del hecho, consideró que éste debía ser considerado como un supuesto de “máxima gravedad” (ver fundamentos, fs. 120/1281 vta.). Esto sugiere, según entiendo, que la ubicación del hecho en este segmento se realizó, tal como lo demanda la defensa, es decir, luego de superar las consideraciones que definen a los hechos que se ubican en el inicio y etapa media de la escala –hechos de mínima e intermedia gravedad–.

Las ideas relativas a que el error en los presupuestos de una legítima defensa no fue valorado en el marco de individualización de la pena, o que la intención de defensa que tuvo el acusado tampoco fue interpretada en un sentido atenuante, no pueden prosperar atento a que es dicha circunstancia dogmática la que determinó que la pena fuese individualizada en la escala penal del delito imprudente, es decir, una escala penal menos gravosa para el imputado. Dicho de otro modo, el interés que sustenta el pedido de la defensa ya fue satisfecho.

El argumento relativo a que el uso del arma de fuego fue valorado de manera errónea, atento a que su uso fue racional, tampoco puede prosperar. Ello puesto que el error que le fue imputado a Rubén Agosti no sólo recayó sobre el presupuesto de la agresión ilegítima y culpable, sino también sobre la racionalidad del medio empleado. Esto surge con claridad al analizar los fundamentos de la sentencia, puesto que al estudiar las circunstancias fácticas del hecho corroborado el tribunal detalló que «[l]os testimonios fueron claros respecto de que Ezequiel Torres no tenía armas en su mano (lo que podría haber ocurrido, por ejemplo, si hubiera tomado un cuchillo o el arma de la Sra. Imbesi como medio de defensa frente a los delincuentes) sino una billetera y un casco, y que grita “yo no soy” o “yo no soy el chorro” [...], situaciones que pudo haber advertido el imputado en caso de no llevar el arma lista para disparar y apuntando». Asimismo, explicó que «[e]n ese contexto riesgoso para la vida humana, y actuando completamente a ciegas respecto de quienes eran los agresores, [el acusado] realizó no uno sino dos disparos contra Ezequiel Torres, y además de ello, en zonas de alto riesgo vital [...]» (ver fundamentos, fs. 1279). Con ello, además, en ocasión de fundar la pena impuesta, el tribunal de sentencia advirtió que el arma de fuego fue un instrumento “de particular violencia”, y que esta circunstancia debía ser sopesada en la individualización de la pena (ver fundamentos, fs. 1281).

De lo anterior surge, según entiendo, que el tribunal de sentencia dio razones adecuadas para explicar porqué el uso del arma de fuego no pudo ser racional, lo que demuestra que las aseveraciones del recurrente en este aspecto implican meras discrepancias que no pueden prosperar.

En este orden de ideas, tampoco puede sostenerse, como lo hace la defensa, que la sentencia es ilógica al valorar en un sentido agravante que el arma le fue provista al agresor por el Estado. Esta aclaración obedeció al examen que hizo el tribunal de juicio respecto del merecimiento de pena de inhabilitación especial, ocasión en la que consideró que esta se impone en virtud de la defraudación de la confianza depositada por el Estado para el cuidado de sus conciudadanos, advertencia que considero adecuada.

Las consideraciones relativas a que fue vulnerado el principio de doble valoración, por su lado, tampoco resultan ajustadas a los fundamentos de la sentencia. En efecto, el resultado “muerte” no fue nuevamente valorado de manera abstracta para agravar la pena, sino que fue abordado respecto de la intensidad del

daño generado por el acusado, en tanto que el tribunal consideró que la víctima tenía tan sólo 22 años al momento de perder la vida (ver fundamentos, fs. 1281 vta.).

Ello resulta adecuado en el marco de la individualización de la pena, según entiendo. En este sentido ha dicho la doctrina que «[e]n muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la **prohibición de doble valoración** impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la **intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho**. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (Ziffer, Patricia, **Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137**).

En conclusión, la sentencia proveniente de la Primera Cámara del Crimen no contiene los vicios que le fueron endilgados. Ha valorado la prueba incorporada de manera adecuada para sostener que el error del acusado fue evitable y no ha cometido arbitrariedades en la individualización de la pena, motivos por el que debe ser confirmada como un acto jurisdiccional válido.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay y Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los Dres. Dalmiro Garay Cueli y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio Dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso casatorio interpuesto por la defensa del acusado a fs. 1285/1328 y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia de fs. 1261 y sus fundamentos de fs. 1264/1282.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Dalmiro Garay Cueli y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión el Dr. José V. Valerio Dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Pablo Livio Cazaban en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Dalmiro Garay Cueli y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Rubén Darío Agosti Imbesi (fs. 1285/1328) y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 1261 y sus fundamentos de fs. 1264/1282.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Pablo Livio Cazaban en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

4- CAMUSO. 08-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														475
-	H	NNA	AI	PPP	-1°	-	A	-	CR	-	-	-	-	489

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=13>

Lex: Art. 80 inc. 1 y 2; 34 inc. 1 del CP. Art. 96, 474 incs. 1 y 489 del CPP. Art. 18 CN. Ley 24660. CADH. PIDCyP.

Vox: Homicidio agravado. Vínculo. Alevosía. Concurso real. Imputabilidad. Capacidad psíquica de culpabilidad (consecuencias sustanciales) y para estar en juicio (consecuencias procesales). Valoración de la prueba. Prisión perpetua. Constitucionalidad.

Summa:

La **Excma. Sexta Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **prisión perpetua** por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el vínculo en concurso real con homicidio agravado por alevosía.

La **defensa** interpone recurso de casación e inconstitucionalidad entendiendo que existen vicios in iudicando en la resolución. Propicia supuesto de inculpabilidad y concluye que se valoró en forma errónea la prueba en la que se basó la responsabilidad del incuso. En relación a la pena de prisión perpetua expresa que resulta contraria al art. 18 de la C.N., debido a la prohibición legal del egreso carcelario.

El **Procurador General Adjunto** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial ambos recursos por no existir arbitrariedad en la Sentencia. En relación al Recurso de Casación concluye que corresponde validar en un todo la decisión del tribunal en el tratamiento de las condiciones psiquiátricas-psicológicas del imputado y su determinación final en cuanto a su imputabilidad y el correspondiente impacto sobre la culpabilidad. Respecto de la Inconstitucionalidad dictamina que la pena perpetua es la consecuencia lógica para delitos que por su gravedad que merecen respuesta proporcional por parte del Estado.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos. Confirmar la sentencia dictada. Tener presente la reserva del caso federal formulada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4.793. Sexta Cámara del Crimen. (hoy TPC N° 2º)- 1° CI.

Precedentes citados

a-Suprema Corte de Buenos Aires.

- Giménez Ibañez. 26-10-06:
https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/jurisprudencia/CSJN/P84479_GIMENEZ_IBANEZ_DICT_PROC.pdf

b- SCJM

- L.S. 438-47
- Estay Cobos. 22-11-14: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

Texto:

En materia de abuso intrafamiliar, en materia de estructura del relato vinculado a la relación autor - víctima de abusos sexuales, destacan que **cuando el victimario pertenece al mismo grupo familiar, se**

acentúa en las víctimas el estado de vulnerabilidad ante los actos abusivos, sobre todo cuando son menores, por la asimetría de la edad, las fuerzas, poder y rol que desempeñan ambos dentro del núcleo familiar.

Expte.: 112201 - F. Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ESTAY COBOS, WALTER ABEL P/PROMOCION A LA CORRUPCION DE MENORES. Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: BÖHM - SALVINI – ADARO. Ubicación: LS469-219

- Carruman López. 11-09-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

Texto:

Por la naturaleza probatoria del instrumento, diversas serán las alternativas de incorporación de elementos probatorios. La prueba testimonial, para su incorporación admite la posibilidad de ser efectuada de modo total o parcial. Es decir, el Tribunal puede ordenar ante la concurrencia de voluntades de los diversos sujetos del proceso, que sus dichos sean incorporados de modo íntegro o, alguno de sus pasajes, expresamente aquellos que hayan sido leídos en la instancia oral.

En la prueba instrumental, como es el **acta de denuncia**, por su naturaleza intrínseca, no cabe la posibilidad de ser incorporada de manera parcial o fragmentaria, puesto que con ello se alteraría su sentido. Por lo tanto, la incorporación de su contenido se realiza en forma plena, el que obviamente, resultará sujeto a la ponderación e interpretación de cada uno de los interesados, conforme las reglas que impone el contradictorio.

Las **declaraciones testimoniales** recibidas durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordena o hubiese acuerdo entre Tribunal y las partes, de acuerdo a lo que establece el **art. 400 inc. 1 CPP**. Por consiguiente, se trata de una **excepción al principio de oralidad y de inmediación**, por ello es que prevé la conformidad de las partes para su incorporación. Por lo que, no constituye una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos de cargo.

Expte.: 13-04258986-6 - FISCAL C/ CARRUMAN LOPEZ, DAVID JONATHAN ROBO AGRAVADO CASACION Tribunal: SCJM. SALA N° 2. Magistrado/s: VALERIO - ADARO – LLORENTE. Ubicación: LS566-118

- Reyna Mulena. 05-10-10. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

Texto:

Existe homicidio con alevosía toda vez que el lugar elegido para cometer el injusto por parte del victimario, como el ocultamiento de su intención y la simulación de amistad con la víctima - invitación a tomar vino - colocaron a la víctima en una situación de **mayor indefensión**. Lo mismo sucede con el arma empleada - cuchillo - la cual esgrimió previo inmovilizar y privar de posibilidades defensivas a su víctima mediante un artero y traicionero golpe, una patada en el piso, para apuñalarlo una vez que se encontraba desvanecido; es decir sobre seguro y sin riesgo.

Para que se configure la alevosía **no es indispensable la ausencia total de posibilidades de resistencia de la víctima**, pues la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia mínima en contra del ofensor, requiriendo subjetivamente el tipo, la provocación o aprovechamiento del estado de indefensión lo que no implica necesariamente una predeterminación - serena y fría deliberación.

Expte.: 99207 - FISCAL C/REYNA MULENA, MAURICIO ALEJANDRO POR HOMICIDIO CALIFICADO, SCHELIETER TAPIA, ALFREDO DARIO POR ENCUBRIMIENTO REAL AGRAVADO S/CASACION. Tribunal: SALA N° 2. Magistrados: BÖHM - SALVINI – LLORENTE. Ubicación: LS418-099

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

(S.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04361835-5/1((018602-152144)). F. C/ C. L. P. J. P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VINCULO EN C. R. CON HOMICIDIO AGRAVADO POR ALEVOSIA (152144) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104439176*

En Mendoza, a los ocho días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04361835-5/1, caratulada "Fc/ C. L. P. J. p/ homicidio agravado por el vínculo en concurso real con homicidio agravado por alevosía s/ rec. ext. de casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo lugar Dr. Omar A. Palermo y en tercer lugar Dr. Mario D. Adaro.

La defensa técnica de P. J. C. L. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4.793 (fs. 692) y sus fundamentos (fs. 693/717) mediante la cual se resuelve condenar al nombrado a la pena de prisión perpetua por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el vínculo en concurso real con homicidio agravado por alevosía (arts. 80 inc. 1°, 55, 80 inc.2° del C.P.) investigado en los autos N° P- 152.144/12, pronunciamiento dictado por la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I. Resolución recurrida

La resolución recurrida establece, en lo que aquí interesa, ha tenido por acreditado que: «El día 19 de octubre de 2012, siendo las 12:00 horas aproximadamente, P. o P. J. C. L., tras una discusión con su madre, M. F. L. en el patio de la vivienda ubicada en calle..., le propinó golpes a su progenitora, los que le ocasionaron múltiples lesiones (equimosis, hematomas en región facial, excoriaciones, fractura de tabique nasal y heridas de arma blanca), arrastrándola posteriormente por el piso de tierra y chipica del patio hacia el interior de la habitación ubicada en la planta baja. Seguidamente el imputado se dirigió al comedor de la casa donde golpeó a su hermano menor, J. P. C., de tres años de edad, varias veces en la frente, causándole múltiples lesiones externas e internas (hematomas, heridas contuso cortantes, equimosis, excoriaciones, céfalo-hematomas, fractura de cráneo y masa encefálica policontudida), y a continuación le efectuó un corte profundo en el cuello con un arma blanca de izquierda a derecha y de adelante hacia atrás seccionándole grandes vasos sanguíneos lo que le provocó la muerte al menor J. P.».

Para decidir en tal sentido, el tribunal de sentencia valoró, entre los principales elementos, el acta de procedimiento de fs. 33/34, las declaraciones testimoniales de A. C. C., A. C., J. T., y los testimonios de los Auxiliares L. S. y M. V., el informe de necropsia (fs. 191/192 y 252/253), los dictámenes psiquiátricos realizados al imputado (fs. 264) y los distintos informes de Policía Científica (fs. 266/333, 201/202, 192/197 y 372/381).

II. Recurso de casación

El defensor del imputado C. L. promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474 inc. 1° del C.P.P., por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona, en tanto la situación del imputado configuraría un supuesto de inculpabilidad previsto en el art. 34 inc. 1° del C.P.

En este sentido, se agravia por entender que el tribunal de sentencia valoró en forma errónea la prueba en la que basó la responsabilidad de C. L., al descalificar dictámenes periciales médicos que darían cuenta que C. no habría podido comprender la criminalidad del hecho, porque padecía una enfermedad mental que le impediría darse cuenta de las consecuencias de su accionar.

Entiende el recurrente que el tribunal a quo sostuvo la responsabilidad de su defendido en dictámenes periciales que favorecían la responsabilidad de su defendido en los hechos que se le atribuye. Precisó, en este sentido, que el a quo le otorgó valor probatorio preponderante a lo declarado por la Dra. P. G. en audiencia de debate, quien manifestó que el imputado al momento del examen tenía su juicio crítico conservado, no presentaba signos de psicosis, comprendía la criminalidad del acto y dirigía sus acciones, destacando la perito que la actitud de C. al declarar en audiencia de debate denotaba negación y ocultamiento, lo que resultaba incompatible con una persona psicótica.

Agrega que existieron otros exámenes psiquiátricos que llevaron a los tribunales a internar al imputado en el Hospital El Sauce, y que afirmaron que estaba incluido en el **art. 34 inc. 1° del C.P.**, razón por la cual se determinó que no podía estar en juicio.

Señala que la Dra. P. G. cuestiona el diagnóstico practicado por profesionales del Hospital El Sauce y lo fulmina de cuajo. Sostiene que resulta sorprendente que se tenga en cuenta el dictamen de un profesional que cuestiona la pericia de otro profesional, sin haber compartido una entrevista con el paciente.

Entiende el quejoso, que en este punto del razonamiento efectuado por el tribunal de sentencia, con el objeto de justificar el juicio de subsunción normativo, es donde se produce un quiebre lógico, producto de haber asignado a la declaración testimonial prestada por la Dra. G. una eficacia conviccional absoluta.

En virtud de lo expuesto, concluye que ha quedado demostrado que el imputado C. L. **padecía una enfermedad mental no detectada oportunamente**, en virtud de lo cual solicita se case la sentencia y se absuelva a su defendido por encontrarse comprendido en las eximentes reguladas en el art. 34 inc. 1° del C.P.

En forma subsidiaria, interpone recurso **de inconstitucionalidad de la pena perpetua** impuesta en virtud de la calificación legal en que el tribunal de sentencia subsumió los hechos.

Sostiene que no se trataría de la inconstitucionalidad de la figura legal sino de su penalidad debido a la prohibición legal del egreso carcelario.

Destaca en este sentido, que no se cumple con la manda del art. 18 de la C.N. en cuanto a que el encierro debe ser para seguridad y no para castigo. Cita en apoyo de su postura, la CADH y el PIDCyP, indicando que también sería contraria a la ley 24.660, en cuanto a la finalidad de reinserción social de la pena. Afirma que una pena que impida al condenado recuperar la libertad resulta negadora y contraria a la finalidad constitucionalmente impuesta.

Refiere que la perpetuidad es una pena puramente retributiva y, en este sentido, su imposición constituiría un trato cruel, inhumano y degradante, ya que no satisface los estándares internacionales.

Agrega que una condena de este tipo conduciría a la cosificación del individuo en tanto sólo podría ser saldada con la vida del recluso y, en este sentido, se tornaría asimilable a la pena de muerte. Cita los precedentes “Maldonado” y Giménez Ibañez” de la Suprema Corte de Buenos Aires, y “Ríos” de la Cámara Federal de Casación Penal, sobre la necesidad de prever mecanismos temporales de excarcelación en las penas perpetuas.

En virtud de lo expuesto, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua por adoptar una solución contraria a la Ley Fundamental y a los Tratados Internacionales.

Hace reserva del caso federal.

III. Dictamen del señor Fiscal Adjunto

A fs. 744/747 dictamina el señor Fiscal Adjunto en lo Penal quien entiende que corresponde admitir formalmente el recurso de casación y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa técnica del imputado C. L., con la consiguiente apertura del examen de la cuestión sustancial.

Sostiene que desde la visión de la política criminal del Código Penal, quien comete un delito es regularmente imputable, de modo que la regla sería la imputabilidad y la excepción la inimputabilidad. En este sentido, serían inimputables los que padezcan insuficiencia en sus facultades mentales o alteración morbosa de las mismas.

Afirma que para que se de esta excepción, es necesario que un informe médico determine la incapacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, la que debe ser absoluta, y debe ser valorado por el juez en su aspecto dogmático y jurídico, siendo este último el que va a determinar finalmente la inimputabilidad, es decir, la capacidad de culpabilidad.

Así las cosas, la imputabilidad disminuida no está prevista en el sistema del Código Penal argentino, con lo cual sostiene que si una persona acusada de la comisión de un delito comprendió a medias, es imputable, porque se encuentra dentro de la regla prevista en el sistema legal. En el caso concreto, el juez de sentencia fundadamente le dio mayor preponderancia al examen psiquiátrico realizado al imputado dos días después de los hechos por el Cuerpo Médico Forense y con peritos de control, quienes expresaron que el imputado comprendió la criminalidad del injusto y pudo dirigir sus acciones.

Por lo expresado, entiende que C. L. es imputable para nuestro código, es decir, no se encuentra entre las causales de inimputabilidad.

Por todo ello, concluye que corresponde validar en un todo la decisión del tribunal en el tratamiento de las condiciones psiquiátricas-psicológicas del imputado y su determinación final en cuanto a su imputabilidad y el correspondiente impacto sobre la culpabilidad.

En base a lo expuesto, entiende que corresponde rechazar el recurso de casación, por no existir arbitrariedad en la sentencia puesta en crisis por el recurrente, toda vez que la valoración de las pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, además de la correcta aplicación de la ley sustantiva.

En relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 80 del C.P. en cuanto prevee la pena de prisión perpetua, entiende que corresponde su rechazo, toda vez que este tipo de pena no puede equiparse a una pena cruel e infame, en tanto el condenado puede acogerse a los beneficios de la ejecución penal y el régimen de progresividad de la pena.

Destaca que el fin resocializador no es el único fin en virtud del cual se ha motivado la pena, también están los fines de prevención general y de prevención especial.

Concluye que la pena perpetua es la consecuencia lógica para delitos que por su gravedad, merecen una consecuencia o respuesta proporcional por parte del Estado.

IV. La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado.

Ello por cuanto la recurrente reitera los planteos que formuló durante los alegatos. Esto es, que el tribunal de sentencia no meritó debidamente las diferencias existentes en las distintas evaluaciones psicológicas realizadas durante la tramitación del proceso, atribuyendo relevancia probatoria a las que favorecían la hipótesis acusatoria, sin refutar el a quo adecuadamente los argumentos en virtud de los cuales fundó la responsabilidad de C. L. en los hechos objeto del proceso. Solución que ha dado este Cuerpo reiteradamente ante supuestos similares al presente y que le resulta en consecuencia, plenamente aplicable (L.S. 438-47, entre otros).

Dicho de otro modo, entiendo que el recurso planteado por la defensa técnica no puede privar de eficacia al fundado acto sentencial en trato, toda vez que la prueba que entiende ha sido omitida o mal valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución, esgrimiéndose el recurso como un desacuerdo de la parte defensiva con la solución a la que arribó el tribunal.

No obstante lo expuesto, y advirtiendo que el quejoso centra sus agravios en la capacidad de culpabilidad del imputado al momento de perpetrar los hechos, corresponde analizar los argumentos tenidos en cuenta por el tribunal de sentencia en este sentido.

Así, en el desarrollo de los argumentos expuestos en el dictum cuestionado, se advierte que las consideraciones efectuadas por el juez de grado constituyen conclusiones obtenidas de manera lógicamente razonada, a partir del plexo probatorio legítimamente incorporado, y partiendo de la hipótesis argumental sostenida por la defensa durante el debate, las que fueron reproducidas en los agravios del recurso instado.

En efecto, al analizar los agravios expresados por la defensa en debate, el juez a quo concluyó que «[...] de ningún modo puede afirmarse –como plantea la Defensa técnica– que existan “pericias contradictorias” que generen una situación de duda o incertidumbre respecto de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del imputado sino, por el contrario, ante exámenes psíquicos y evaluaciones realizadas por distintos profesionales, en épocas diferentes. En ellas, como han explicado los idóneos en la materia, pueden surgir o presentarse episodios que comprometan la salud mental de una persona, los que pueden ser revertidos con el tratamiento y la medicación adecuada» (fundamentos de fs. 712 vta.).

Capacidad psíquica de culpabilidad (consecuencias sustanciales) y para estar en juicio (consecuencias procesales).

En este sentido, destacó el a quo dos situaciones jurídicamente relevantes: a) **el momento del hecho**; en el que debe verificarse la **capacidad psíquica de culpabilidad** del autor con las consecuencias sustanciales que ello implica, y b) la **capacidad psíquica para estar en juicio**, que posee consecuencias de naturaleza estrictamente procesal.

En relación al primero de los puntos, el juez de sentencia consideró como un elemento de juicio determinante en orden a acreditar la culpabilidad del imputado, el examen psíquico realizado por el Cuerpo Médico Forense dos días después de acontecido los hechos, destacando el a quo que se realizó con el control de la defensa, ya que participaron en su elaboración los peritos de parte, la Dra. P. G. y el Licenciado H. L. (ambos profesionales del Hospital El Sauce).

Los peritos concluyeron en forma unánime que C. L. era responsable de sus actos, que diferenciaba las acciones valiosas de las disvaliosas y no reunía criterios de internación psiquiátrica. Valoró también que estas conclusiones fueron ratificadas por los profesionales intervinientes en sus declaraciones en audiencia de debate, presenciando, además, y a pedido expreso de las partes, la declaración efectuada por el imputado.

En este sentido, el tribunal de sentencia destacó lo declarado por la Dra. P. G., quien no solo ratificó los resultados del referido examen psíquico, en donde participó como perito de control, sino que también, y a partir del análisis de lo declarado por el imputado en audiencia de debate, concluyó que C. L. ni en el momento del hecho ni en la actualidad se encuentra comprendido en las causales previstas en el art. 34 inc. 1° del C.P., extremos que fueron ratificados en la misma oportunidad por el Licenciado H. L. y la Licenciada E. M. M. (fundamentos de fs. 709/710 y vta.)

En relación a los exámenes realizados durante tramitación del proceso, en virtud del cual la Cámara del Crimen ordenó la internación del imputado en el Hospital El Sauce y la consiguiente suspensión del proceso -argumento utilizado por el recurrente para apoyar su pretensión-, entiendo que resultan insuficientes para poder aceptar la probabilidad de enrolar el accionar de C. L. en la causal de inculpabilidad pretendida.

De este modo, y no obstante la crítica realizada por la Dra. G. respecto del diagnóstico realizado en tal oportunidad por los profesionales del Hospital El Sauce, en tanto entendieron que el imputado presentó un cuadro de esquizofrenia paranoide, lo cierto es que los distintos profesionales que declararon en audiencia de debate coincidieron en que cualquier persona puede tener un episodio psicótico de corta duración, el que con el debido tratamiento es absolutamente reversible.

En este sentido, el Dr. A. C., uno de los profesionales del Cuerpo Médico Forense que diagnosticó que el imputado presentaba un cuadro psicótico, al declarar en audiencia de debate, aclaró que el abordaje efectuado en febrero del año 2014 (dos años después del hecho y cuando la causa se encontraba elevada a juicio), fue en relación «[...]a ese momento, no así al momento del hecho». Valoró además el a quo, lo manifestado por el testigo en cuanto sostuvo que el cuadro descrito puede desarrollarse en una persona sana en cualquier momento y es reversible si es tratado con la medicación adecuada.

Incapacidad sobreviniente. Art. 96 del CPP

En base a lo expuesto, concluyó el tribunal de sentencia que «Las pericias psicológicas realizadas posteriormente carecen de eficacia en orden a refutar esta conclusión por cuanto ninguna de ellas se refiere, concretamente, a la situación psíquica del imputado al momento del hecho, sino, a circunstancias de **“incapacidad sobreviniente”** que motivaron la suspensión del proceso penal e internación del imputado en los términos del art. 96 del C.P.P.» (fundamentos de fs. 711).

Además de las consideraciones científicas referidas precedentemente, valoró el a quo determinadas circunstancias que consideró incompatibles con un estado de inculpabilidad. Entre ellas, meritó que el imputado, inmediatamente después de perpetrar los hechos, intentó ocultar distintos indicios o rastros en la vivienda, a través del lavado del lugar, de los cadáveres, de sus prendas y el ocultamiento de los medios utilizados para cometer los ilícitos.

Del mismo modo, entendió que las actitudes asumidas, tales como la negación del hecho y atribución de responsabilidad a terceras personas, como así también, los estudios realizados en forma inmediata, que determinaron que al momento del hecho el imputado no se encontraba bajo los efectos del alcohol ni sustancia estupefaciente alguna, contribuyeron a sostener la hipótesis sostenida por el titular de la acción pública.

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una causal de inculpabilidad– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la responsabilidad del imputado C. L. en los hechos endilgados.

Recurso de inconstitucionalidad no introducido oportunamente.

En relación al recurso de **inconstitucionalidad** incoado en forma subsidiaria, entiendo que tampoco puede ser acogido, toda vez que **el planteo no fue introducido oportunamente**, esto es, en la primera oportunidad en la que la cuestión se suscitó o podía preverse que se suscitaría, es decir cuando se tuvo conocimiento efectivo que las normas cuya inconstitucionalidad impetra podían aplicarse en el caso concreto.

En efecto, esta Sala se ha pronunciado en el sentido que **sólo excepcionalmente es admisible** su planteo posterior, cuando los jueces recurren a una norma cuya utilización no podía estar en los cálculos de los litigantes, supuesto que no es el de autos, y del requerimiento de citación a juicio fluye que la calificación legal que dicho acto contiene, es la misma por la que fue condenado el imputado (“Estay Cobos”, “Reyna Mulena” y Carruman López”).

Por lo tanto, y opinión concordante de la Procuración General, corresponde rechazar el recurso de casación y de inconstitucionalidad deducido por la defensa de P. J. C. L..

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

1.- Rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos a fs. 725/732 por la defensa de P. J. C. L. y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4.793 dictada por la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.

3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

5- RAMIREZ y ot.. 20-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AF	PCE	-	-	CO P2°	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19>

Lex: Art. 45, 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Arma de fuego. Poblado y banda. Concurso ideal. Coautoría. Participación secundaria.

Summa:

La **Sexta Cámara del Crimen** condenó a:

a-Jeremías Ramírez a la pena de **dieciocho años de prisión** como **coautor** penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la utilización de arma de fuego, en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 45, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del C.P.) y

b-Gimena Arce a la pena de **siete años de prisión** como **partícipe secundaria** en delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la utilización de arma de fuego, en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del C.P.)

Las **defensas** interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido, puesto que no existe arbitrariedad en la valoración de las pruebas e indicios, la que entiende se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, además de ser correcta la aplicación de la ley sustantiva en la sentencia recurrida.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto y en consecuencia confirmar la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4794, pronunciada por la Sexta Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vildoza Soria. 25-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Barrionuevo Tarragona. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf

Parágrafos destacados

“...En efecto, en la coautoría los intervinientes toman parte en un hecho, dividiéndose el trabajo. Al tomar parte en la realización del delito, el coautor se apropia del hecho colectivo y así es posible imputarle tanto su aporte como el de los codelincuentes...”

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

(R.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04630787-3/1((018602-43138)). COMPULSA EN AUTOS N° 13-04364667-7/1 - FC/RAMIREZ JEREMIAS JOEL, DIAZ NUÑEZ JEREMIAS, ARCE QUISPE MARCELA, ARCE QUISPE GIMENA P/HOMICIDIOS CALIFICADOS (43138) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104714188*

En Mendoza, a los veinte días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04630787-3/1 caratulada "F. c/ Ramírez, Jeremías Joel y Ots. p/ Homicidio calificado ... s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Omar A. Palermo; segundo, Dr. José V. Valerio y tercero, Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de Jeremías Joel Ramírez y de Gimena Janet Arce Quispe interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4.794, mediante la que se condenó a Jeremías Ramírez a la pena de dieciocho años de prisión como coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la utilización de arma de fuego, en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 45, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del C.P.) y a Gimena Arce a la pena de siete años de prisión como partícipe secundaria en delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la utilización de arma de fuego, en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del C.P.); pronunciamiento dictado por la entonces Sexta Cámara del Crimen en autos N° P-43.138/16.

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

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[e]l día 28 de abril de 2016, siendo aproximadamente las 02.00 hs., el menor Jeremías Eduardo Díaz, Jeremías Joel Ramírez, Marcela Yamila Arce Quispe, Gimena Yanet Arce Quispe y otro sujeto masculino aún no identificado, abordaron intempestivamente rompiendo el vidrio del acompañante a Mariano Sergio Frites Valencia, quien se encontraba adentro de un vehículo marca Renault 11, color marrón dominio RGV 435 junto a Sergio Delgado, en la puerta del domicilio sito en calle España 3.500, Villa Nueva, Guaymallén, momento en que Mariano Sergio Frites Valencia huyó corriendo

del lugar, mientras Sergio Delgado ingresó, escapando, al domicilio ut supra mencionado. Inmediatamente Jeremías Eduardo Díaz Núñez, quien portaba un arma de fuego al igual que otro de los incurso, junto con el resto de los sindicados, previo pegarle una patada a la puerta, ingresaron a dicho domicilio. Una vez en el interior del mismo, mas precisamente en el comedor de la vivienda, uno de los sujetos masculinos le efectuó un disparo en el abdomen a Sergio Delgado. Luego de ello, Jeremías Eduardo Díaz y Jeremías Joel Ramírez en asocio con Marcela Yamila Arce Quispe y Gimena Yanet Arce Quispe se apoderaron de un Televisor LCD marca Hisense color negro, de 42”, un televisor LCD marca Noblex color gris y negro de 40”, un celular marca Samsung S3 mini color azul con pantalla táctil trisada de la compañía Claro con chip prepago N° 26NI56978955, y un celular marca Samsung color rojo negro con teclado Qwerty de la compañía Movistar. Momentos mas tarde Sergio Delgado fue trasladado al Hospital Central, donde permaneció internado hasta que falleció [el] día 13 de Setiembre de 2016, como consecuencia de las heridas sufridas el día del hecho».

Para así decidir, el Tribunal ponderó, entre los principales elementos de prueba, la declaración de la víctima Sergio Delgado, de los funcionarios de policía que fueron desplazados al lugar del hecho, la pericia de Policía Científica agregada a fs. 270, los informes de Laboratorio incorporadas a fs. 204/205 y 267/268, los informes de Policía Científica de fs. 168 y 190/192, la pericia sobre la ropa de la víctima, examen físico e historia clínica del Hospital Central y necropsia de fs. 594/596, como también las declaraciones brindadas por los coimputados Jeremías Ramírez y Marcela Arce –hermana de la imputada en favor de quien se recurre–.

2.- El recurso de casación de la defensa de Jeremías Ramírez y de Gimena Arce

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Entre los vicios sustanciales sostiene que el Tribunal concluyó que Ramírez tomó intervención en el hecho en calidad de coautor, cuando de los elementos de prueba incorporados no surge que haya efectuado un aporte esencial en el resultado muerte.

En ese orden, expresa que el indicio de la existencia de partículas de pólvora en la vestimenta fue utilizado por el sentenciante de manera diversa en relación a Ramírez y Arce Quispe para acreditar o no su presencia en el lugar donde se produjeron los disparos. De ese modo, considera que no existen en autos elementos probatorios que posicionen a Ramírez en un lugar diferente del que tienen las señoras Arce y Quispe, por lo que se impone un tratamiento igualitario, esto es, considerarlo partícipe secundario del delito que se le atribuye.

En relación a los vicios de forma entiende que la interpretación de la prueba no se ha efectuado bajo los parámetros de la sana crítica racional, lo que ha derivado en una deficiente fundamentación de la calificación legal.

Cuestiona también la determinación de pena efectuada por el sentenciante, expresando que la fundamentación no es sólida y que resulta contradictoria en alguna de sus consideraciones.

En ese sentido, sostiene que el a quo ha valorado la falta de arrepentimiento como una agravante de la pena impuesta, sin que esta circunstancia surja palmaria, constituyendo tan sólo una impresión del juez.

Asimismo, pone de resalto que en el caso de Ramírez, el Tribunal de juicio sólo tuvo en cuenta como atenuantes la corta edad y la inexistencia de antecedentes y que estas circunstancias inexorablemente deberían haber hecho restringida la pena privativa de la libertad impuesta, a efectos de no alejarse de los fines resocializadores de la pena.

En lo que respecta a Gimena Janet Arce Quispe, expresa que el sentenciante omitió considerar su grado de instrucción, condición social, edad y su falta de antecedentes.

En virtud de ello, solicita se case la sentencia, sustituyendo por una nueva en sus aspectos jurídicos sustantivos o, bien, reenvíe los presentes para la realización de un nuevo juicio.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado sustancialmente, puesto que no existe arbitrariedad en la valoración de las pruebas e indicios, la que entiende se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, además de ser correcta la aplicación de la ley sustantiva en la sentencia recurrida.

4.- La solución

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Jeremías Ramírez y de Gimena Arce, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

A fin de ordenar el tratamiento de los agravios casatorios, sin perjuicio del modo en que han sido expuestos por el recurrente, advierto que los cuestionamientos se centran en torno a tres puntos: a) arbitraria valoración de la prueba; b) deficiente calificación legal; y c) errónea fundamentación de la pena impuesta. En consecuencia, el señalado será el orden en que el que los planteos serán abordados.

a) Acerca de la valoración probatoria

El recurrente sostiene que en la ponderación de los elementos de prueba incorporados, el a quo ha valorado de forma contradictoria la existencia de partículas de pólvora en la vestimenta de Jeremías Ramírez y de Gimena Arce, puesto que, con base en la presencia de ese elemento, predica que Gimena Arce estuvo fuera del domicilio de la víctima mientras que Jeremías Ramírez habría entrado a él.

En relación a este punto, considero que el argumento casatorio analizado no encuentra sustento en las constancias de la causa. En efecto, si bien es cierto que el sentenciante valoró los informes de Policía Científica (agregados a fs. 204/205 y 267/268 de autos), conforme los cuales «se pudo constatar la existencia de partículas provenientes de disparos de arma de fuego» tanto en las vestimentas de Gimena Arce y Jeremías Ramírez, también lo es que tan sólo lo hizo con finalidad de corroborar la participación de ambos imputados en el delito investigado, pero no advierto que a partir del análisis de ese elemento de prueba el a quo haya afirmado que uno de ellos ingresó al domicilio y que la otra haya permanecido fuera.

No obstante, cabe señalar, por un lado, que la circunstancia de que Ramírez ingresó efectivamente a la vivienda de Frites se encuentra acreditada a partir de la contundencia de la declaración de la víctima Sergio Delgado –incorporada por lectura–, debido a su fallecimiento producido con posterioridad al acto. En ese orden, Delgado afirmó que «el auto frena y descienden tres hombres y dos mujeres [...] El “Lolo” (por Mariano Frites) se baja del auto y sale corriendo, siendo perseguido por uno de los sujetos. Uno de ellos se metió adentro de la casa del Lolo. El otro que quedaba me empezó a pegar culatazos en la cabeza [...] este sujeto se metió a la casa del Lolo. Yo le empecé a gritar que la cortaran, que se llevaran las cosas pero que se fueran y ahí es que escucho “salí de acá” y luego un disparo me dio en la panza» (fundamentos, fs. 957 vta./958).

De los extremos antes señalados, confrontados con el resto del material probatorio incorporado –incluso lo manifestado por los imputados en su descargo–, surge claro que tres hombres y dos mujeres llegaron, al domicilio en que se encontraba la víctima Sergio Delgado y Mariano Frites, a bordo de automóvil blanco marca Gol, que uno de esos hombres –no identificado ni habido– salió corriendo en persecución de Mariano Frites (“Lolo”) y que los otros dos –Jeremías Díaz y Jeremías Ramírez– ingresaron a la vivienda, haciéndolo uno en primer lugar y el otro con posterioridad.

Lo precedentemente afirmado encuentra respaldo también en las propias declaraciones de los imputados, puesto que aún cuando mediante ellas se pretendió posicionar a Ramírez fuera del domicilio en el que finalmente cayó herida la víctima y dentro del automóvil que el imputado conducía, lo cierto es que las mismas resultan inverosímiles y contradictorias con otros elementos de prueba, lo que priva a su versión de los hechos de fuerza suficiente para desvirtuar la hipótesis acusatoria. Así, lo manifestado por Jeremías Ramírez en cuanto a que «trataba de calmar a Jeremías Díaz, [...] resulta extraño teniendo en cuenta que no se [h]abría bajado del auto como dijo su cuñada Marcela Díaz» y que «[h]ay constancias de sus huellas, junto a las de Gimena Arce, en el otro vehículo (el Renault 11), en el cual iba la víctima Sergio Delgado y Mariano Frites cuando fueron abordados por los imputados» (fundamentos, fs. 957).

Por otro lado, corresponde destacar que, con independencia del ingreso de Ramírez a la vivienda de Frites, el sentenciante ha tenido por acreditada la intervención del primero de los nombrados en el delito que se le atribuye –robo seguido de muerte–, luego de analizar los elementos de prueba incorporados de acuerdo a los parámetros establecidos por la ley de forma, sin que se verifiquen en tal procedimiento las falencias alegadas por el recurrente.

Es que no pasa inadvertido que la estrategia defensiva se basa en ubicar el comportamiento de Ramírez fuera de la vivienda en la que se efectuó el disparo a Delgado, a fin de disminuir la intensidad de su aporte

y, con ello, su grado de participación; sin embargo, encontrándose acreditados los extremos antes analizados, tal argumento no posee la idoneidad para lograr la finalidad propuesta, como se verá en el apartado siguiente referido a la calificación legal.

Por lo expuesto, entiendo que el agravio referido a la valoración probatoria llevada a cabo en la presente causa no puede prosperar.

b) Sobre la calificación legal atribuida

Tal como se adelantó, **el recurrente propone la existencia de una plataforma fáctica distinta** a la que el sentenciante tuvo por acreditada a fin lograr una calificación legal menos gravosa respecto de Jeremías Ramírez. En otras palabras, sosteniendo que la conducta de su defendido **habría implicado un aporte menor al ilícito que se le atribuye**, la defensa del imputado pretende que su intervención sea calificada como **participación secundaria**.

Sin embargo, conforme se demostró en el apartado anterior, los defectos de valoración denunciados no se verifican en los fundamentos analizadas y, en función de ello, la base fáctica no es otra que la que el a quo entendió probada, por lo que cualquier intento de cambio de calificación basada en una modificación de aquélla no puede ser acogida en esta instancia.

Asimismo, corresponde señalar que, aún cuando los hechos se hubieren producido como sostiene el recurrente –no haber ingresado a la vivienda en que se produjo el disparo–, el grado de participación que en ellos tuvo Ramírez no hubiese variado, considerando que en ambos casos su intervención debe ser calificada como **coautoría y no participación secundaria**.

En efecto, en la coautoría los intervinientes toman parte en un hecho, dividiéndose el trabajo. Al tomar parte en la realización del delito, el coautor se apropia del hecho colectivo y así es posible imputarle tanto su aporte como el de los codelincuentes, lo que claramente se verifica en autos. Ello, en tanto «los tres imputados, conjuntamente con la presunta intervención del menor [...] y demás prueba antes merituada, concurren al lugar del hecho, portando tres escopetas, con la finalidad de apoderarse de cosas muebles ajenas y causaron la muerte de la víctima» (fundamentos, fs. 959 vta.).

En virtud de ello, considero que la subsunción jurídica efectuada por el sentenciante ha sido adecuada, por lo que corresponde rechazar el agravio casacionista que la cuestiona.

c) Acerca de la determinación de la pena

En relación a este punto de agravio, entiendo que el a quo aborda y justifica en forma suficiente lo concerniente al monto de la pena en relación a ambos imputados, teniendo en cuenta el grado de participación que le correspondió a cada uno –Jeremías Ramírez, coautor, y Gimena Arce, partícipe secundaria–, la gravedad que implicó el comportamiento por ellos desplegado, los medios utilizados y el peligro que el hecho implicó para terceros, entre las agravantes, y la corta edad y ausencia de antecedentes computables, como pautas de atenuación.

Asimismo, cabe señalar, por un lado, que el Tribunal efectivamente ha valorado la **corta edad y la falta de antecedentes** de Gimena Arce, aunque lo haya mediante remisión a las consideraciones generales. Por otro, y en relación a la **omisión de valoración de su grado de instrucción y condición social**, no puede soslayarse que el recurrente no indica de qué manera tal consideración por el a quo habría hecho variar la sanción impuesta, razones que impiden que los cuestionamientos formulados en este sentido puedan prosperar.

“falta de arrepentimiento”

En lo que concierne a la valoración como agravante de una supuesta “falta de arrepentimiento” de los imputados en relación al hecho cometido, entiendo que, si bien es cierto que el a quo hizo referencia a que «en ningún momento observ[ó] muestras de arrepentimiento», entiendo que tal expresión se relaciona más bien con el **aparente desprecio por el valor vida** -«nada le importó al imputado la muerte de Sergio Delgado», en palabras del sentenciante- que con la actitud asumida por los imputados con posterioridad a la comisión del delito, la que lógicamente podría estar direccionada a procurar una situación más beneficiosa para sí. A ello cabe agregar que la pauta analizada no es la única ni la determinante de la solución –o monto de pena– adoptada por el sentenciante, teniendo en cuenta las demás circunstancias agravantes que rodearon al ilícito por el cual fueron condenados Ramírez y Arce, por lo que este agravio tampoco puede ser acogido.

Como se advierte, las circunstancias ponderadas por el Tribunal de juicio se adecuan a las **pautas de medición establecidas por los arts. 40 y 41 del C.P.**, no verificándose en el caso bajo estudio ninguna falencia de entidad que amerite la descalificación de la tarea llevada a cabo por el sentenciante. De ello se deriva que los agravios esgrimidos por la defensa de los imputados constituyen tan sólo un criterio diverso de valoración, fundado en el rol que desempeña, pero insuficiente para conmovir los fundamentos cuestionados.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge E. Hinojosa en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 967/977 vta. de los autos principales y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 4.794 dictada por la entonces Sexta Cámara del Crimen.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge E. Hinojosa en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

6- FIGUERA JORONDA. 26-03-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=20>

Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. . Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Declaración del imputado. Fundamentación. Valoración de la prueba.

Summa:

La **Sexta Cámara del Crimen** condenó a Brian Emanuel Figuera Joronda, a la pena de **dieciséis años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), alegando la falta de fundamentación suficiente y exposición de razonamientos contradictorios que violarían las reglas de la sana crítica racional en relación con el valor convictivo de la prueba y respecto a la aplicación del principio in dubio pro reo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido, considerando que “los cuestionamientos defensivos están dirigidos principalmente contra la valoración de la prueba testimonial, poniendo en duda en términos sumamente generales los reconocimientos positivos efectuados en el curso de la investigación”.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4732, pronunciada por la Sexta Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177.

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

(R.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04308805-4/1((010506-28537)). F. C/ FIGUERA JORONDA BRIAN EMANUEL P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (28537). *104382856*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04308805-4/1, caratulada “F. c/ Figuera Joronda Brian Emanuel p/ homicidio agravado por el uso de arma de fuego”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio; segundo Dr. Mario D. Adaro y tercero Dr. Pedro J. Llorente.

La defensa técnica interpone recurso de casación (fs. 647/650) contra la Sentencia N° 4.732 (fs. 633) y sus fundamentos, mediante la cual la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza resolvió condenar a Brian Emanuel Figuera Joronda, a la pena de dieciséis años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis CP).

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada tuvo por acreditado el hecho descrito en el requerimiento de citación a juicio, según el cual, “el día 27 de febrero de 2015, siendo las 21.10 hs. aproximadamente, Fernando Sebastián Carrizo Hernández, se encontraba trabajando en su verdulería sita en calle Juan Egea, frente al supermercado Átomo del Barrio La Estanzuela de Godoy Cruz, cuando se aproximó una moto de color negra con dos personas a bordo, el conductor vestía una campera roja y el acompañante era delgado, morocho y vestía una campera negra. Este último descendió de la moto y permaneció en la entrada de la verdulería observando a la víctima y cuando Carrizo le dio la espalda, extrajo un arma de fuego de tipo pistola y le efectuó tres disparos, los que provocaron su muerte. Posteriormente, el sujeto efectuó dos disparos al ayudante de la víctima, Emanuel Alejandro Morales, impactando en su glúteo. Luego, el agresor que posteriormente fue identificado como Emanuel Figuera, se dio a la fuga a bordeo de la moto conducida por NN alias ‘Perita’” (fs. 634 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró la declaración del imputado, los testimonios ofrecidos durante el desarrollo del debate por Orlando Carrizo, Lorena Elizabeth, Carlos Hugo Chávez, Alejandro Morales, Sara Azán, Gabriela Almeida, Pablo Pérez, la testigo de identidad reservada N° 1, la testigo de identidad reservada N° 2 y la testigo de identidad reservada N° 3; el acta de procedimiento; el secuestro de un proyectil calibre 9 mm; los reconocimientos positivos obrantes en las actas de fs. 136/9 y 140/1; el informe de Policía Científica; la necropsia de la víctima y la demás prueba instrumental incorporada válidamente al proceso (fotos aportadas por la defensa, informe de la Escuela 1-674).

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Figuera Joronda entiende que la resolución atacada padece vicios in procedendo y vicios in iudicando.

1.- Vicios in procedendo

La defensa alega la falta de fundamentación suficiente y exposición de razonamientos contradictorios que violarían las reglas de la sana crítica racional en relación con el valor convictivo de la prueba y respecto a la aplicación del principio in dubio pro reo.

En concreto, se argumenta que:

a.- El Tribunal de mérito habría valorado erróneamente las tres declaraciones brindadas por el imputado y los distintos testimonios favorables a su versión rendidos en juicio y/o brindados durante el desarrollo de la Investigación Penal Preparatoria e incorporados con omisión de lectura en la audiencia oral.

b.- A su vez, la sentencia cuestionada se fundaría en la valoración parcial de la prueba instrumental consistente en los informes técnicos realizados sobre el teléfono celular aportado por el imputado con el que se tomó la fotografía de una pileta de lona en la casa de Jonathan Castro y de distintos testimonios brindados durante la Investigación Penal Preparatoria y/o en el juicio.

c.- No se habría valorado de manera suficiente el dato objetivo de que no fue hallado en poder del imputado el arma de fuego y la motocicleta, elementos utilizados en la ejecución del hecho.

d.- El valor de los reconocimientos tendría escaso poder convictivo en orden a la acreditación de la intervención del imputado en el hecho objeto del proceso. A favor de esta tesis se alega que el testigo conocía de antemano al individuo que integraría la rueda de personas y cita doctrina de distintos dominios.

e.- Finalmente, la Defensa técnica expresa que no se han encontrado huellas o rastros que comprometan a su representado. Circunstancia que sumada a las objeciones anteriores conduciría a la aplicación del principio in dubio pro reo.

2.- *Vicios in iudicando*

La errónea aplicación de la ley sustantiva en la sentencia atacada importaría, según los recurrentes, una violación de la garantía de presunción de inocencia.

Realiza reserva de caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 677/678). Así, considera que “los cuestionamientos defensivos están dirigidos principalmente contra la valoración de la prueba testimonial, poniendo en duda en términos sumamente generales los reconocimientos positivos efectuados en el curso de la investigación” (fs. 678).

En este orden de ideas, el representante del Ministerio Público Fiscal puntualiza que el recurrente intenta mostrar los indicios en forma aislada, sobredimensionado de esta forma, por ejemplo, que no se encontró el arma en poder del encausado. Argumento que perdería fuerza, según se explica en el dictamen, frente al análisis completo efectuado por el Tribunal de todo el plexo probatorio en forma conjunta.

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

i. *Vicios in procedendo*

Preliminarmente, cabe decir que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que **los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos** (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre. Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

En concreto, no puede compartirse la perspectiva defensiva en cuanto pretende elevar el descargo del imputado como hipótesis alternativa a la postulada por la acusación. En efecto, al desarrollar los fundamentos de la sentencia criticada, se aprecia que el magistrado interviniente realizó un minucioso análisis de los testimonios brindados durante el curso del debate (fs. 638/641vta.), pruebas fundamentales en las que se basa el silogismo incriminatorio. Del mismo modo, hizo referencia a los indicios arrojados por el resto del plexo probatorio derivando consecuencias lógicamente comprobables.

Puntualmente, Lorena Miranda, esposa de la víctima afirmó que varias personas habían dicho que el autor del hecho había sido Figuera, y que unos días antes el marido le había pegado y aquel lo amenazó de muerte (véase f. 639 fundamentos). El padre de la víctima, por su parte, manifestó que Figuera era integrante de la banda de los Pizarro, insinuando –según lo advertido por el a quo– que a su hijo lo habían matado cinco meses después en represalia por el crimen de Diego Nuñez, quien pertenecía a aquel grupo (fs. 639 vta. fundamentos). Ambos testigos, al igual que la funcionaria policial Almeida (fs. 640 vta. fundamentos), manifestaron que la gente nombraba a Figuera como el autor de los disparos.

En la misma línea, Carlos Hugo Chávez, testigo presencial del hecho, brindó información esencial al expresar que disparó reiteradas veces, no solamente contra la víctima, sino también contra Emanuel Morales, quien trabajaba en la verdulería (véase fs. 640 fundamentos). De manera similar, declaró la testigo de identidad reservada N° 1, quien manifestó que el ejecutor era el hermano de un compañero suyo de la escuela primaria, Figuera (fs. 640 fundamentos).

No sólo es inequívoco el cuadro indiciario construido con base en la prueba reseñada, sino que, además, la **versión del acusado no es verosímil**, en tanto no se encuentra respaldada en prueba alguna más que sus dichos y testimonios de allegados, cuyo valor convictivo ha sido suficientemente descartado.

En lo que respecta a la hipótesis defensiva, el magistrado interviniente valoró tanto el descargo de Figuera en las tres oportunidades en las que ejerció su derecho de defensa material (fs. 639), como las declaraciones testimoniales brindadas en su sustento. Así, respecto a Jonathan Castro Pizarro y María Vanesa Videla (su esposa) argumentó detalladamente a fs. 638 vta. su imprecisión. En relación con el primero, el a quo puso de relieve que no recordaba el día en que se encontraba con Figuera cuando lo culparon de homicidio, mientras que, frente a lo expresado por la segunda, también destacó que no recordaba la fecha en que se encontraba acompañado por Figuera (fs. 638 vta.).

La misma indeterminación se aprecia en lo que respecta al testimonio de Cristian Ariel Mercado y Marta E. Villegas. Circunstancia que se acentúa al observarse una inconsistencia en el relato de esta última en relación con las condiciones climáticas del día del hecho (fs. 638vta./639). También se advirtieron inconsistencias en la declaración del testigo aportado por la defensa, Pablo Elías Pérez (fs. 639 y vta.).

Descartado el valor convictivo de los testimonios que intentan confirmar la versión del imputado, resta determinar si la fotografía de la pileta de lona en la casa de Jonathan Castro es un elemento con el suficiente peso para sostener que resulta de aplicación el principio in dubio pro reo. En relación con ello, coincido aquí con lo expresado por el Tribunal de mérito cuando aprecia que “las fotos aportadas por el imputado nada prueban en su favor: hay fotos con sus familiares y con un color de pelo similar al descrito por la testigo presencial del hecho” (fs. 639 vta.).

Por su parte, puntualmente en relación con la foto en la pileta de lona entiendo, en el mismo sentido de la sentencia, que nada aporta, pues, la misma es dudosa, en tanto “del informe de científica surge como conclusión que ‘en el caso particular de la **foto analizada**, al no coincidir fecha y hora de creación, modificación y hora de captura, y atento a lo ut supra expuesto, no se puede aseverar que la información

no ha sido modificada” (fs. 639 vta.). Así, la misma no puede considerarse un elemento de convicción que deba ser tenido en cuenta para construir la plataforma fáctica del caso.

Ahora bien, en lo que respecta a la errónea valoración de la ausencia del arma de fuego y la motocicleta, elementos utilizados para ejecutar el hecho, en poder del imputado, no debe perderse de vista que ello no obsta a la construcción del silogismo incriminatorio, si este se fundamenta en otras pruebas, los cuales, como he puesto de relieve en los párrafos anteriores, son suficientes para alcanzar el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria.

Lo mismo debe apreciarse en relación con la alegada ausencia de huellas o rastros que comprometan a Figuera y el valor convictivo de los reconocimientos. Frente a estos últimos, cabe decir que no existen buenas razones para restarles valor probatorio cuando se encuentran apuntalados por el resto del plexo probatorio y no existen motivos para sospechar que hubiese existido un error o interés en el testigo que intervino en la medida.

En suma, entiendo que la Defensa parte de una **visión fragmentada del cuadro probatorio** y pretende una completa revisión de la prueba, sin aportar argumentos que desvirtúen la sentencia como acto jurisdiccional válido. Es que, se advierte claramente que la estrategia defensiva se limita a reiterar su posición frente al cuadro probatorio e indiciario discutido en la instancia del debate oral, sin brindar argumentos que logren rebatir adecuadamente el razonamiento que sobre el particular realizó el a quo.

ii.- Vicios in iudicando

Dicho lo anterior, se deduce que la violación del Derecho en tanto no aplicación del principio de inocencia no puede prosperar. Es que, la Defensa pone en tela de juicio la plataforma fáctica que el a quo entiende probada al postular que no existen elementos suficientes para alcanzar un veredicto de culpabilidad. Por el contrario, acreditada la autoría culpable de Figuera con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria no queda espacio de juego para la aplicación del principio in dubio pro reo.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASI VOTO.

Voto Dr. Adaro y Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Sergio Salinas y Diego Lavado en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 647/650, por la defensa técnica.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Sergio Salinas y Diego Lavado en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva de caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

7- CARRANZANI. 26-03-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=21>

Lex: Art. 80 inc. 7, 166 inc. 2°, 42, 55, 277 del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Concurso real. Conexión subjetiva. Robo agravado. Arma apta. Tentativa. Encubrimiento simple. Valoración de la prueba. Calificación legal.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **prisión perpetua** como autor del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en grado de tentativa; robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo y encubrimiento simple, todos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7960. Primera Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1) -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cataldo Ortiz. 29-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=868>
- Hisa. 26-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220826_FcHL.pdf
- García Rivera. 01-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=961>
- Ponce Rubio. 02-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=954>

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

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04376209-9/1((018501-115664)). F. C/ C. O. J. L, C. O. R. E. , C. O. L. F. P/ HOMICIDIOS CRIMINIS CAUSA (115664) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104454311*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04376209-9 caratulada "Fc/ C. O. , J. L. y Ots. p/ Homicidio criminis causa s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Pedro J. Llorente y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de E. C. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 7.960 y sus fundamentos, en tanto condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua como autor del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en grado de tentativa; robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo y encubrimiento simple, todos en concurso real; pronunciamiento dictado por la entonces Primera Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-115.664/15.

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

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar acreditado que «[...] el día 01 de noviembre del año 2015, siendo las 18:00 horas aproximadamente, en oportunidad en que N. F. F. se encontraba junto a sus hijos L. y F. F. y su esposa P. E. en el domicilio ubicado en Barrio..., manzana..., casa... de G., M., M., fueron interceptados por E. R. C. O.; J. L. C. O. y L. F. C. O., quienes exigieron la entrega de dinero que tenían las víctimas, E. R. C. O fue tras P. C. E. N. y apuntándole con el arma en la cabeza le dijo "o me das la cartera o te cago a tiros" propinándole un golpe con el arma, por lo que su esposo reaccionó en su defensa golpeándolo, el sujeto trastabilló, se acomodó, apuntó y le disparó en la cabeza a N. F. F, produciéndole la muerte, para procurar su impunidad dándose posteriormente a la fuga» (en relación al hecho investigado en autos N° P-115.664/15; fundamentos, fs. 841 vta./842).

De igual modo, el a quo tuvo como probado que «... el día 29 de Octubre del año 2015, siendo aproximadamente las 21:20 horas, el ciudadano C. O., R. E. en compañía de un sujeto masculino no identificado ni habido a esta altura de la investigación, se presentaron en el domicilio ubicado en calle ... , y abordaron al ciudadano C. J. S. F., quien se encontraba en la vereda de la casa de un amigo lavando su moto. En ese momento, el ciudadano C. O., R. E., extrajo un arma de fuego, tomó del cuello a la víctima, la apuntó con el arma en la cabeza y junto con el otro sujeto que lo acompañaba se apoderaron de su moto marca Maverick ... y ambos se dieron a la fuga con los elementos sustraídos en la moto de la víctima. Ante tal situación la víctima alertó a un amigo quien se encontraba en el interior de la vivienda frente a la cual ocurrió el robo, por lo que ambos salieron corriendo detrás de los autores del hecho. En ese momento la víctima y su amigo alertaron a una persona que aproximadamente a una cuadra y media del lugar, se encontraba saliendo de su casa en vehículo particular.... Inmediatamente, se subieron a auto y los tres continuaron persiguiendo a los sujetos, sin que éstos se dieran cuenta por calle .., hasta donde termina la calle, luego doblaron a la derecha costeando la placita del Barrio... hasta donde topa, ahí cruzaron las vías y la calle ..., continuaron derecho e ingresaron al Barrio... , y cuando ya habían hecho dos cuadras costeando el Barrio..., finalmente les dieron alcance. Una vez que los alcanzaron, el sujeto que circulaba en la parte de atrás de la moto de la víctima, efectuó dos disparos con el arma de fuego contra el vehículo mencionado, los que impactaron en la puerta delantera del costado izquierdo y en la puerta trasera del costado izquierdo ... Ante tal situación la víctima, su amigo y el conductor del auto decidieron no continuar la persecución ...» (en relación al hecho investigado en autos N° P-115.500/15; fundamentos, fs. 876 y vta.).

Asimismo, entendió comprobado que «... entre el día 22 de setiembre de 2015 y el 04 de noviembre de 2015, R. E. C. O. y R. A. P. A. adquirieron y ocultaron a sabiendas de que provenía de un delito, un automóvil marca Peugeot 207, color negro, dominio... vehículo que se encontraba con pedido de secuestro desde el día 22 de setiembre de 2015, en autos N° 99.312/15 por el delito de Robo Agravado (art. 166 inc. 2 y 3 párrafo del Código Penal) [...]. En el marco de la investigación en autos N° P-115.664/15, se realizó un allanamiento el día 04 de noviembre de 2015 en el domicilio sito en ... , lugar donde se encuentra a R. A. P. y R. E. C. O. y se procede al secuestro del automóvil Peugeot color negro y se aprehende a los mismos» (en relación al hecho investigado en autos N° P-115.860/15; fundamentos, fs. 881 vta.).

Para resolver de ese modo y respecto del primero de los hechos, el a quo valoró el resultado de la autopsia practicada a la víctima de autos, la declaración brindada por el médico legista que la efectuó, el informe de Policía Científica, las declaraciones de la esposa de víctima y de sus dos hijos y el reconocimiento en rueda de personas efectuado en relación a los tres imputados y la versión de los hechos dada por el imputado en ejercicio de su derecho de defensa material.

En relación al segundo de los acontecimientos aludidos, el Tribunal valoró la declaración de C. S., víctima de autos, del testigo J. A. y la aceptación de responsabilidad del imputado efectuada en audiencia oral.

Finalmente, con respecto al último de los hechos reseñados, el sentenciante tuvo en cuenta el acta de allanamiento agregada a la causa, acta de retención del vehículo secuestrado, constancias certificadas del expediente N° P-99.312/15 y el descargo formulado por el acusado en audiencia de debate.

2.- El recurso de casación de la defensa de E. C.

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando e in procedendo en la resolución que cuestiona.

Así, el recurrente se agravia de la decisión adoptada en relación a la causa N° P-115.664/15 y, en lo que a vicios formales concierne, señala que la sentencia es arbitraria por haber marginado prueba legítimamente incorporada, apoyándose el juzgador, al valorar la prueba, en su sola voluntad.

Sostiene que el sentenciante se ha basado en los dichos de P. E. brindados en la declaración que brindó durante la investigación penal preparatoria, la que resultó coincidente con la que prestó en la audiencia de debate y lo declarado por sus hijos. No obstante, expresa que el a quo no tuvo en cuenta que éstos últimos cambiaron totalmente su declaración en relación a lo que manifestaron la noche de los hechos investigados, a pocas horas de ocurrido.

Cuestiona que el a quo haya tenido por acreditada la intervención de su defendido y el grado de ésta, sin considerar la declaración indagatoria del coimputado J. L. C. y que éste era el único que estaba armado, conforme surge de la declaración de todos los testigos y de sus huellas dactilares en la parte delantera del auto, dejadas cuando ingresó esgrimiendo el arma, tal como relató la señora E. en sus respectivas declaraciones.

Sostiene que los reconocimientos positivos en la persona de su defendido E. C. se deben exclusivamente a su notable parecido con su hermano J. L.

Asimismo, se agravia de que los mensajes que enviaron J. L. C. y el testigo P. D. A. al teléfono de su representado no aparecen en la pericia practicada en los teléfonos secuestrados y que cuando esa defensa pidió que trajeran aquél que le fue secuestrado a E., la sentenciante manifestó que había sido decomisado y que no se encontraba a disposición del Tribunal.

Respecto de las otras dos causas por las cuales también fue condenado E. C., el recurrente tan sólo indica que en la causa N° P-115.500/15, su defendido confesó ser el autor del hecho y que esta Suprema Corte debe cuantificar el monto de pena que le corresponde, dentro de la escala penal aplicable, y que en la causa N° P-115.860/15 el imputado negó categóricamente su responsabilidad en el hecho, sin formular ningún cuestionamiento en relación a la labor efectuada por el Tribunal de juicio.

Respecto de los vicios sustanciales, considera que el hecho que se tuvo por acreditado debió mantenerse con la calificación original dada al mismo, esto es, robo seguido de muerte (art. 165 del C.P.), tal como fue calificado en relación a los otros dos imputados, y aplicarse una pena conforme la escala penal prevista para ese delito.

En función de lo expuesto, el impugnante solicita se declare la nulidad del fallo impugnado y se disponga la realización de un nuevo debate o bien se cambie la calificación en los términos antes señalados.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. C., toda vez que la sentencia recurrida se encuentra sólidamente fundada, valorándose debidamente la prueba en la que se asienta para sostener la participación del imputado en el hecho investigado.

Asimismo, entiende que los argumentos vertidos en el recurso no alcanzan para desvirtuar los fundamentos dado por el a quo relativos a la calificación legal, ya que el Tribunal se explayó sobre la conexión subjetiva que existió entre el homicidio criminis causa y el robo, esto es, la finalidad de poder consumir el robo y asegurar su impunidad.

4.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde no hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de E. R. C. y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia impugnada. Paso a explicarlo.

4.1. a) Vicios formales referidos a la causa N° P-115.664/15

Tal como surge del escrito recursivo, los agravios de la defensa se dirigen a cuestionar la valoración de los elementos de prueba efectuada por el a quo en función de la cual se ha tenido por acreditada la intervención de E. C. en el hecho investigado, tratando de demostrar el recurrente que los testigos confundieron al imputado con su hermano J. L. C., cuya participación en ese acontecimiento está fuera de discusión.

Conforme se demostrará a continuación, la descripta ha sido la estrategia defensiva desarrollada también durante el debate oral y, si bien resulta ser legítima, los argumentos en que se basa ya han sido debidamente refutados por el sentenciante en los fundamentos recurridos y no se surge de los agravios casatorios ningún planteo novedoso que desvirtúe el razonamiento del a quo en relación a la ponderación que efectuó de los elementos de prueba producidos e incorporados a la causa.

En efecto, aún cuando el letrado defensor sostiene que la sentencia es arbitraria por haber marginado prueba legítimamente incorporada, tal circunstancia no se verifica en los fundamentos bajo estudio. Por el contrario, en ellos se advierte un análisis integral de todo el material probatorio producido a instancia de las partes, inclusive de las declaraciones de los testigos ofrecidos en favor del imputado, tales como la

de C. S., J. M. y P. A., cotejándolos con las hipótesis de los hechos dadas por el Ministerio Público Fiscal, por el propio imputado y por el coimputado J. L. C., quien pretendió desvincularlo.

Sin embargo, luego de esa confrontación y dando fundadas razones, el Tribunal de juicio entendió que los dichos de S. «son contrarios a la versión de los hechos que diera J. L. C.» y que tanto su testimonial como la de J. M. «fueron construidas para decir que E. no estaba en el lugar» (fundamentos, fs. 874 y vta.). Asimismo, y en lo que concierne a lo declarado por P. A., el a quo sostuvo que «sus dichos no pueden sostenerse en relación a los mensajes enviados del celular del imputado E. C. a su celular», puesto que el propio imputado dijo que «no le contestó, ni le envió ningún mensaje a su hermano J. L. ese día 1 de noviembre del año 2015, porque no tenía crédito, sino tenía crédito no podía enviar ningún mensaje desde su celular, podía recibirlos pero no enviarlos», por lo que consideró que «lo dicho por el testigo A. era mendaz» (fundamentos, fs. 875).

El recurrente objeta que el a quo no tuvo en cuenta que las declaraciones de F. y L. F. no resultaron coincidentes con lo declarado por su madre, P. E., en tanto durante el debate cambiaron totalmente lo relatado a pocas horas de ocurrido el hecho.

Al respecto, considero que no le asiste razón al impugnante, toda vez que el sentenciante no soslayó la circunstancia denunciada. Por el contrario, el Tribunal tuvo especialmente en cuenta estos extremos como también que la defensa «destacó cada una de las contradicciones de los jóvenes». Sin embargo, luego de valorar el contenido de todas sus declaraciones en el contexto en que se produjeron, concluyó acertadamente que las divergencias apuntadas «de ninguna manera enervan la imputación». Ello, en tanto su «estado afectivo, al momento de los hechos, estaba totalmente alterado, no caben dudas, que en ese contexto la percepción de los acontecimientos para ellos fue fragmentada e incompleta y como ambos lo expresaran en el debate, el tiempo, revivir los hechos una y otra vez, la ayuda psicológica y de los amigos, les permitió aclarar detalles de lo acontecido» (fundamentos, fs. 869 vta./870).

Asimismo, el impugnante afirma que su defendido –E. C.– no es la persona que portaba el arma y disparó a la víctima de autos, puesto que todos los testigos coincidieron en que la única persona que estaba armada es la que presentó por la puerta delantera del autos, y ésta fue el coimputado J. L. C., conforme surge de su declaración indagatoria y de las huellas dactilares rescatadas de la parte delantera del automóvil. Agrega que E. C. fue reconocido en la rueda oportunamente practicada, debido tan sólo a su notable parecido con su hermano J. L.

Al respecto, debe señalarse que, al prestar declaración indagatoria, J. L. C. efectivamente pretendió desvincular a su hermano E., atribuyéndose toda la responsabilidad en el hecho y expresando que E. no estuvo en el lugar de los acontecimientos. No obstante, resulta claro que su relato es inverosímil, en tanto no se condice con la dinámica de los hechos y no puede ser corroborado con los elementos de prueba incorporados a la causa, ni siquiera con las declaraciones de los testigos que ofreció en respaldo de sus dichos, esto es, C. S. y J. M. A., conforme se analizó precedentemente.

En ese sentido, cabe destacar además que la señora E. manifestó que «el delincuente que tenía el arma, ingresó al autor por la puerta donde estaba su esposo [...] corrió hacia la casa vecina y ahí es cuando el

delincuente que tenía el arma la agarró, la apuntó con el arma en la cabeza [...] le pegó con el arma en la cabeza [...] vio que el delincuente, que la había golpeado con el arma de fuego en la cabeza, quien ya tenía la cartera, trastabilló, se acomodó, estiró la mano, le apuntó a su esposo y le disparó» y, en relación al reconocimiento en rueda de personas, agregó que «reconoció al primero, fue el que le disparó a su esposo» y que «lo tuvo cara a cara» (declaración de P. E., fs. 843 y 844), circunstancias que tampoco avalan el reclamo defensivo. A lo que debe agregarse que tanto F. F. como L. F. reconocieron a R. E. C. como «aquél que disparó el arma» (fundamentos, fs. 872 vta.)

Por otro lado, no puede soslayarse que tampoco respaldan la versión del coimputado los exámenes papiloscópicos practicados en relación a las huellas rescatadas del automóvil que conducía la víctima de autos. En efecto, si bien la estrategia defensiva pretende desvincular a E. C., posicionando al coimputado J. L. C. como el que increpa a la víctima con el arma, esto no se condice con el informe de Policía Científica, que lo posiciona en «el sector derecho externo del capot, del rodado Ford Escort» (informes de fs. 766 y 809), lo que evidentemente no se corresponde con el lugar que ocupó la víctima –asiento del conductor– y resulta contrario a lo sostenido por el recurrente.

En lo que concierne al supuesto parecido entre los hermanos J. L. C. y R. E. C. que habría motivado el reconocimiento positivo respecto del segundo, conforme la versión de la defensa, el sentenciante explicó que el conocimiento de visu de aquellos le permitió advertir que «no obstante el parecido de los hermanos se los puede diferenciar perfectamente», en función de lo cual este cuestionamiento tampoco puede prosperar.

Ahora bien, respecto del agravio referido a que en el informe que detalla los mensajes de texto extraídos del celular secuestrado a E. C. no figuran los mensajes enviados por J. L. C. y P. D. A., corresponde señalar que, aún cuando el celular de este último haya estado o no a disposición del Tribunal de juicio al momento del debate para «cargarlo y saber si efectivamente están los mensajes del pastor A. [...] como el que dijo su hermano», como pretendía esa defensa (fundamentos, fs. 866), lo cierto es que esa parte no ofreció la prueba aludida en la etapa procesal pertinente ni cuestionó la incorporación de los exámenes objetados al debate, por lo que mal puede alegar su poca claridad en esta instancia.

En virtud de ello, considero que los agravios referidos a la valoración probatoria en la causa que nos ocupa no resulta ser más que una opinión diversa basada en la posición procesal asumida, que no logra desvirtuar el análisis efectuado por el sentenciante y, por ello, deben ser descartados.

4.1.b) Vicios sustantivos referidos a la causa N° P-115.664/15

El agravio sustantivo planteado por el recurrente tiene fundamento en los hechos que, conforme su valoración probatoria, se deberían haber tenido por acreditados. Es decir que, basándose en los cuestionamientos antes analizados, la defensa de R. E. C. entendió que la muerte de N. F. F. se habría producido de modo accidental y, por ello, la **calificación jurídica adecuada** sería la de robo seguido de muerte, prevista en el art. **165 del Código Penal**.

No obstante, tal como se demostró en el apartado anterior, los vicios denunciados no son tales y la valoración probatoria efectuada por el a quo se encuentra ajustada a los parámetros establecidos por nuestra ley procesal y, por ello, la plataforma fáctica que debe ser subsumida en la figura penal que corresponda no es otra que aquella que el sentenciante tuvo por acreditada.

Dicho esto, no cabe más que rechazar el cuestionamiento casatorio referido a la subsunción jurídica, sin dejar de señalar que la tarea efectuada en este punto por el a quo ha sido adecuada y suficientemente fundada en derecho.

Así, el Tribunal de juicio entendió que «en el accionar desplegado por ... R. E. C. O., se acreditan tanto los elementos objetivos como los subjetivos del tipo penal del homicidio criminis causa y del robo agravado por el uso de arma de fuego ... los imputados sorprendieron a la familia F. para robarles, pero **la conexión ideológica que se presenta como requisito subjetivo** solo está presente en el accionar de R. E. C. y tal conexión es la que permite vincular de modo causal ambos delitos, constituyendo uno (robo) el motivo del otro (homicidio) con la impunidad como objeto. El imputado quiso matar y mató para lograr el objetivo de fugarse luego de cometido el atentado contra la propiedad, en tanto la resistencia opuesta por la víctima impedía el logro de la impunidad del hecho que acababa de cometer» (fundamentos, fs. 886 vta.), razonamiento éste que no revela ninguna falencia o arbitrariedad que amerite su descalificación.

En virtud de ello y considerando que el recurrente tampoco ha puesto de manifiesto de qué modo el derecho sustantivo se habría aplicado erróneamente, sus agravios in iudicando también deben ser rechazados.

4.2.- Expedientes N° P-115.500/15 y P-115.860/15

En lo que concierne a las causas referidas, cabe señalar que el recurrente no ha formulado ningún cuestionamiento, sino que se ha limitado a manifestar, en relación a la primera, que debería cuantificarse el monto de pena a imponer en función de que su defendido confesó ser el autor del hecho y, en relación a la segunda, que el imputado negó su participación en el hecho allí investigado.

En virtud de ello y teniendo en cuenta que no se ha denunciado ni se advierte ningún vicio en la fundamentación de la solución adoptada por el Tribunal de juicio, corresponde omitir pronunciamiento al respecto.

Con base en las consideraciones precedentes y, opinión concordante del señor Procurador, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr.... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 899/937 vta. de autos y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 7.960 dictada por la entonces Primera Cámara del Crimen.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

8- ORO. 26-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	NNA	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	495

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf

Lex: Art. 165 del CP. Art. 1, 4 y 8 del Decr. /Ley 22.278. Arts. 115, 116 y 148 de la Ley 6354. Ley N° 22.803.

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Tratamiento tutelar. Derecho penal juvenil. Recurso de revisión.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** condenó al nombrado a la pena de **veinte años de prisión** como autor del delito de homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 165 del Código Penal y art. 1 y 4 de la Ley N° 22.278 y Ley N° 22.803)

La **defensa** interpone recurso. (Art. 474, 495 del CPP)

El **Procurador General** entiende corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y anular la sentencia impugnada, únicamente en relación a la **penalidad** impuesta.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de revisión interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4439. Primera Cámara del Crimen- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Roldán Cajal. 05-05-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

El principio de especialidad del fuero penal juvenil garantiza a los jóvenes en conflicto con la ley penal un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso, aún en la etapa de ejecución de la sanción impuesta. Unificación de penas.

- Ríos Vallejos. 23-12-14: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

Corresponde declarar la nulidad absoluta de la sentencia condenatoria dictada en violación a las reglas del debido proceso penal juvenil, debiéndose en consecuencia, absolver al imputado y ordenar el archivo de las actuaciones puesto que no resulta posible reeditar la aplicación de dicho régimen para un acusado que ya ha superado la mayoría de edad.

La imposición de condenas a **penas perpetuas** privativas de libertad a menores de edad, resulta incompatible con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial con las exigencias del Derecho Internacional de protección de los derechos de niños y adolescentes. En consecuencia, constituye un acto susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado.

b-CSJN

- Maldonado. 07-12-05: <https://www.unicef.org/argentina/media/9891/file>

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206_-_dinai_-_jurisprudencia_-_fallos_comentados_-_freedman_-_Web_2.pdf

c-CIDH

- Mendoza y otros vs. Argentina. 08-05-12:

https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=388

- Mendoza y otros vs. Argentina. 23-09-21

https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mendoza_23_09_21.pdf

Sumilla: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias. Asimismo, por la falta de tratamiento médico a un interno, y por la falta de investigación y sanción de los responsables de un acto de tortura. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Doctrina citada

CAFFERATA NORES – TARDITTI, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Editorial Mediterránea, 2003, Tomo II, págs. 514 y 515.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Garay.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04087506-3() AUTOS 14003 CARATULADOS F.C/ O. S. R. P/ HOMICIDIO EN OCASION DE ROBO (14003) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *104147631*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04087506-3 caratulada "F. C/ O., S. R. P/ HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO ... S/ REVISIÓN".

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

La defensa del imputado S. R. O. interpone recurso de revisión contra la Sentencia N° 4.439 agregada a fs. 514 y vta. y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de veinte años de prisión como autor del delito de homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 165 del Código Penal y art. 1 y 4 de la Ley N° 22.278 y Ley N° 22.803); pronunciamiento dictado en autos N° 14.003/136.365-805 por la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal sentenciante, actuando en forma colegiada, condenó al imputado con los alcances precedentemente señalados, por considerar acreditado el hecho que le fuera intimado oportunamente. El fallo cuestionado, en lo aquí pertinente, considera que «... a los efectos de la individualización de la pena con relación a S. R. O , quien al momento de cometer este delito contaba con **diecisiete años**, para aplicarle una sanción penal de las previstas en este Código, la **Ley 22.278** le exige al Tribunal el cumplimiento de tres condiciones (art. 4): 1) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal; 2) que haya cumplido dieciocho años de edad y 3) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año. Este imputado tiene al momento de dictarse la sentencia dieciocho años, como surge del certificado de nacimiento que obra a fs. 498 de autos.

En orden a las medidas tutelares en fecha 20 de marzo de 2.002, con motivo de haber cometido O. delitos de Robo Doblemente Agravado por el Uso de Armas de Fuego, en la causa 13.587 ...el juez instructor ordenó se practicaran exámenes físicos, psíquicos y psicológicos que se efectúan a través del Cuerpo Médico Forense y obran a fs. 90 y 91 de aquel expediente. Luego de ello, ordena su internación al Centro de Orientación Socio-Educativa (C.O.S.E.), ingresando al Sector "B", el día 04 de abril de 2.002. O. se fuga el 03 de Mayo del mismo año y gozando de esta libertad comete este homicidio en ocasión de robo ... Capturado reingresa al establecimiento socio educativo el 30 de Octubre de 2.002, volviendo a escaparse el 24 de abril de 2.003. Reúne de esta manera UN AÑO Y ONCE DÍAS DE MEDIDAS TUTELARES ... Teniendo presente la edad de S. R. O , su educación, la peligrosidad demostrada en la comisión del delito, la extensión del daño causado y las demás circunstancias de los arts. 40 y 41 del C. Penal me parece ajustado aplicarle la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN ... » (fundamentos, fs. 528 y vta.).

Para así resolver, el Tribunal de juicio valoró el estudio psicológico y psiquiátrico efectuado a Oros, obrante a fs. 114 de la presente causa.

2- Recurso de casación

2.a.- Recurso de casación deducido por la defensora particular

La censura se basa en el **art. 495 del C.P.P.**, por considerar la recurrente que mediante la sentencia impugnada se han conculcado las normas del **decreto/ley 22.278 (arts. 4 y 8) y de la ley 6354 (arts. 115, 116 y 148)**.

Expresa que el fallo en cuestión viola las reglas del **debido proceso penal juvenil**, en tanto se condenó al imputado **sin haber recibido el tratamiento tutelar** previsto por la ley. Sostiene que los informes redactados por el Cuerpo Médico Forense ponen de manifiesto que el encartado no fue sometido a tratamiento tutelar alguno, indicando que nunca se ordenó amplia información sobre su conducta.

Considera la impugnante que la última circunstancia mencionada importa la privación de un derecho fundamental que podría haber evitado la condena impuesta. Pone de resalto que el Tribunal no advirtió que O. había crecido en barrios marginados, con una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que condicionaron su desarrollo integral; que todos ellos habían abandonado sus estudios primarios antes de concluirlos y tuvieron los primeros contactos con la justicia penal a muy temprana edad; lo que trajo como consecuencia que pasara gran parte de su infancia en institutos de menores hasta cumplir los 18 años de edad.

Agrega que la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa es obligatoria en materia de **derecho penal juvenil**, conforme doctrina que se deriva del **fallo “Maldonado”**, extremo que tampoco fue observado en el fallo impugnado.

Por otro lado, señala que S. R. O se encuentra en prisión desde hace **catorce años**, lo que significa que ha pasado en prisión más del mínimo de la pena que pudiera corresponderle y que todavía hoy se encuentra cumpliendo. Destaca que los imputados mayores que intervinieron en el hecho que dio origen a las presentes actuaciones fueron condenados a la pena de **10 años de prisión**, monto mucho menor que el imputado a O., quien en aquel momento era menor.

En virtud de ello, entiende que la solución para el caso no puede ser otra que la nulidad de la sentencia y la absolución del imputado, toda vez que las disposiciones legales que regulan el régimen penal juvenil ya no puede ser aplicadas porque aquél ya ha superado largamente la mayoría de edad.

Insta la aplicación del precedentes recaído en la causa “Roldán Cajal” (LS. 436:168).

Formula reserva del caso federal.

2.b.- Recurso de casación deducido por la defensa oficial

La titular de la Segunda Defensoría de Pobres y Ausentes de San Rafael, en su carácter de defensora de S. R. O deduce **recurso de revisión**, de acuerdo a lo normado por el art. 495, inc. 5° del C.P.P. por considerar que existen fallos cuya interpretación de la ley resulta más beneficiosa que la aplicada por la Cámara del Crimen en la sentencia recurrida. Sostiene que se ha vulnerado las normas del decreto ley 22.278, concretamente los arts. 4 y 89 y los arts. 115, 116 y 117 del la ley 6.354.

Asimismo, expresa que no se aplicó a su defendido ningún **tratamiento tutelar** y que el Tribunal debería haber extremado el tratamiento tutela exigido por la norma como presupuesto para una condena. Considera que resulta aplicable al caso y constituye una obligación internacional dar cumplimiento al dispositivo número 21 de la sentencia emitida por la **Corte IDH en el caso “Mendoza”**.

Por otro lado, entiende que la sentencia impugnada resulta contraria a lo dispuesto en el **fallo “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**.

Destaca la recurrente que, con base en dicho precedente, en hechos cometidos por menores, cuando un Tribunal decida aplicar efectivamente una pena debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa.

Expresa que siguiendo esos parámetros, en el presente caso R. O lleva privado de su libertad más de catorce años, pena que supera ampliamente el máximo que le pudiera corresponder.

Invoca además el precedente “Ríos Vallejos” de esta Suprema Corte de Justicia, mediante el cual -según sostiene- se absolvió a Jonathan Ledesma Reche, quien habría sido condenado inicialmente a prisión perpetua.

Finalmente, sostiene que la sentencia que funda la condena de su defendido a 20 años de prisión, posteriormente unificada a 25 años, carece de fundamentos y que la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación beneficia a su asistido por aplicación del inciso 5° del artículo 495 del C.P.P., ya que se trata de un fallo posterior a la condena que le impuso el Tribunal de juicio.

En virtud de ello, solicita se revoque el fallo atacado en el punto referido a la penalidad aplicable y, en su lugar, se exima de pena a su defendido o se aplique la pena reducida en la escala de la tentativa, de acuerdo a lo normado por el art. 4°, apartado 3° de la Ley 22.278; y atento al tiempo que O. lleva detenido, se ordene su libertad.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y anular la sentencia impugnada, únicamente en relación a la penalidad impuesta al imputado por resultar consecuencia de una interpretación más gravosa de la pena que la que actualmente es sostenida por este Cuerpo en el **precedente “Roldán Cajal”**.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que **los recursos de revisión deducidos en favor de S. R. O deben ser rechazados**. De forma preliminar, corresponde señalar que las recurrentes impugnan la Sentencia N° 4439 y sus fundamentos, invocando el art. 495, inc. 5° del C.P.P., es decir, por entender que el fallo cuestionado se funda «en una interpretación de la ley ... más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso».

No obstante, se advierte que los puntos de agravio esgrimidos se dirigen a cuestionar principalmente la determinación de pena impuesta al imputado, basándose en la supuesta existencia de vicios en su fundamentación.

Concretamente, las impugnantes se agravian porque, a su criterio: a) la sanción ha sido impuesta sin verificarse el sometimiento del imputado al tratamiento tutelar previsto por la ley; b) en su determinación se omitió considerar la situación de exclusión y vulnerabilidad socioeconómica padecida por O. ; y c) no se aplicó la escala penal atenuada, de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Maldonado”. Por otro lado, solicitan se apliquen al caso los precedentes **“Roldán Cajal” y “Ríos Vallejos” de esta Suprema Corte de Justicia**, por resultar su **criterio más benigno** que el aplicado al condenado. Sin embargo, teniendo en cuenta la etapa procesal transitada y el remedio impugnativo intentado, entiendo que no todos los agravios pueden ser tratados en esta instancia, puesto que sólo

algunos resultan formalmente admisibles. En virtud de ello, resulta oportuno formular algunas aclaraciones.

1.- Consideraciones previas

Sin perjuicio de los argumentos que a continuación se desarrollarán en torno a los cuestionamientos recursivos, cabe señalar que de la compulsa de los autos sometidos a estudio no surge que la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial haya dado cumplimiento a lo dispuesto por este Tribunal a fs. 722/725 vta. de autos N° 14.003, es decir, en oportunidad de resolver el recurso de casación deducido por la defensa del imputado contra la Sentencia de Unificación de penas N° 4.558.

En virtud de ello, se impone que la falencia advertida sea subsanada, conforme se explicará en la segunda cuestión.

2.- Acerca del alcance del recurso de revisión

Por un lado, resulta conveniente recordar que la revisión de la condena o recurso de revisión resulta procedente contra sentencias condenatorias firmes, es decir, contra pronunciamientos que hayan adquirido autoridad de cosa juzgada, sin que exista plazo de caducidad para su interposición.

Ello, en razón de que los motivos que lo habilitan no surgen de la causa misma sino de circunstancias externas al proceso. Asimismo, corresponde señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que los supuestos de procedencia establecidos por la ley son “**específicos e inextensibles**”, puesto que se encuentra en juego la seguridad jurídica.

Ahora bien, en relación al supuesto expresamente invocado por las recurrentes, esto es el **inc. 5° del art. 495 del C.P.P.**, cabe referir que procede en el caso de errores sobre cuestiones jurídicas y tiene como consecuencia la aplicación retroactiva de jurisprudencia posterior de la Suprema Corte de Justicia cuando resulte más benigna que la aplicada al condenado mediante la sentencia impugnada.

El motivo de impugnación aludido tiene por finalidad evitar desigualdades entre quienes resultaron condenados por hechos similares, o dicho de otro modo, «corregir situaciones injustas que se producen cuando la interpretación actual de la ley sustantiva efectuada por el tribunal Superior fuese más beneficiosa que la del tribunal que dictó la sentencia firme» (CAFFERATA NORES – TARDITTI, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Editorial Mediterránea, 2003, Tomo II, págs. 514 y 515).

Como se advierte, para que resulte aplicable el supuesto aludido resulta necesario que los hechos fijados en la sentencia cuestionada sean similares a los hechos en los cuales se basa la interpretación del Tribunal Superior, ya que lo que se cuestiona es la aplicación de la norma en un caso concreto. A lo que debe agregarse la necesidad de que la doctrina judicial cuya aplicación retroactiva se pretende se encuentre vigente a la época de interposición del recurso de revisión.

En síntesis, la causal contemplada en el art. 495, inc. 5° del C.P.P. sólo resulta procedente si el fallo recurrido se encuentra firme y versa sobre hechos de características similares a los que han sido objeto de un proceso en que la Suprema Corte de Justicia ha resuelto de un modo más beneficioso y siempre que este criterio jurisprudencial se encuentre vigente al momento de interposición del recurso pertinente. Por el contrario, no procederá la impugnación aludida cuando se invoquen motivos de agravios no subsumibles en las causales taxativamente establecidas por la ley, como por ejemplo supuestos vicios de fundamentación de la sentencia recurrida, puesto que tales defectos cuentan con una vía de impugnación específica y no poseen la entidad para conmovir el carácter de cosa juzgada adquirido por aquella resolución. Ello, en virtud de no haberse deducido el pertinente recurso de casación o por haberse

interpuesto este remedio y haber sido objeto de conocimiento del Tribunal Superior, cualquiera sea el resultado de su pronunciamiento.

3.- Antecedentes de la causa

Por otro lado y en lo que concierne al expediente sometido a estudio, cabe referir que la Sentencia N° 4439 –aquí recurrida y mediante la que se impuso al imputado la pena de veinte años de prisión como autor responsable del delito de homicidio con motivo y ocasión de robo– fue dictada por la Primera Cámara del Crimen en fecha 15 de septiembre de 2003 (ver fs. 514 y vta. y 515/529 vta. de autos N° 14.003 de ese Tribunal y sus acumulados). Contra ese pronunciamiento la defensa de S. O. interpuso recurso extraordinario de casación, cuestionando, entre otros aspectos, el monto de pena impuesto a su defendido.

Esa vía impugnativa fue desestimada formalmente por esta Suprema Corte de Justicia en fecha 12 de febrero de 2004, por entender que los agravios se basaban tan sólo en el criterio interpretativo de la recurrente. Ello, conforme surge de la resolución obrante a fs. 575/578 y vta. de autos N° 14.003). Tal como surge de la compulsa de las actuaciones precedentemente aludidas, la resolución de este Cuerpo confirmó la resolución impugnada en aquél momento mediante recurso de casación –y actualmente a través de la revisión intentada–, la que luego adquirió firmeza en virtud de haber transcurrido los plazos legalmente establecidos sin que se interpusiera el recurso extraordinario federal pertinente. Más tarde, y como consecuencia de ello, la Cámara del Crimen practicó el cómputo de pena respectivo (fs. 603/604), siendo notificado a la defensa del imputado a fs. 604 vta.

Posteriormente, y atento a la fuga y reingreso del imputado se practicó nuevo cómputo de pena (fs. 624), el que fue aprobado a fs. 668 de aquellas actuaciones, por no haberse formulado oposición por parte del interesado. Como consecuencia de lo peticionado por la defensa de S. O. , en fecha 19 de abril de 2005, la Primera Cámara del Crimen de San Rafael, mediante Sentencia N° 4.558, unificó las penas que le habían sido impuestas en virtud de la Sentencia N° 4439 en autos N° 14.003 de ese Tribunal de juicio (20 años de prisión), Sentencia N° 4499 en autos N° 13.856 también de esa Primera Cámara del Crimen (5 años de prisión) y Sentencia N° 017 del Tribunal Penal de Menores (5 años de prisión), imponiendo la pena única de 25 años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio con motivo y ocasión de robo (art. 165 del Código Penal), robo doblemente agravado y tenencia de arma de guerra en concurso real (arts. 166, inc. 2°; 167, inc. 2°; 189 bis y 55 del Código Penal) y robo agravado en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 166, inc. 2°; 189 bis, tercer párrafo y 55 del Código Penal), todo en concurso real. Asimismo, efectuó el correspondiente cómputo de pena, conforme surge de las constancias de fs. 695/696 de autos N° 14.003. Contra esa sentencia de unificación de penas, la defensa del imputado interpuso recurso de casación (fs. 707/709), el que fue acogido por esta Suprema Corte de Justicia en fecha 18/10/2005, disponiendo la revocación del dispositivo N° 1 de la Sentencia N° 4.558 de fs. 695 y vta. sólo en relación a la unificación de penas impuesta a S. R. O. y remitiendo las actuaciones a la Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, a fin de que se motivara la unificación de penas impuesta (fs. 722/725 vta.), sin que se advierta el cumplimiento de esta última disposición. Con posterioridad, en fecha 03/10/2008 la Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, mediante Sentencia N° 634, condenó al imputado a la pena de cinco años de prisión por el delito de robo agravado por el uso de arma, investigado en autos N° 2.798, y unificó esa condena con la impuesta mediante Sentencia N° 4.558 de la Primera Cámara del Crimen de San Rafael en la pena única de veinticinco años de prisión (fs. 66/68 vta. de autos N° 2.798/134.535). Finalmente, a fs.

786/791 vta. de los autos principales y a fs. 01/31vta. de los autos N° 13-04087506-3, la defensa de S. R. O. interpuso el recurso de revisión reseñado en apartados anteriores.

4.- Sobre los agravios que pueden ser objeto de tratamiento en esta instancia

Tal como surge de cotejar las pautas consignadas en el punto 1- y las constancias de la causa consignadas en el punto 2-, considero que no todos los puntos de agravio esbozados por las recurrentes pueden ser objeto de análisis. Lo afirmado obedece a que dos de esos cuestionamientos, concretamente los referidos a la imposición de pena sin tratamiento tutelar previo y a la supuesta omisión de considerar determinadas circunstancias en la individualización de la pena, no pueden ser tratados en esta instancia en virtud de haber adquirido firmeza la sentencia objetada y no ser el presente el medio idóneo para cuestionarla.

Dicho de otro modo, las denuncias articuladas actualmente a modo de agravio de revisión no pueden ser analizadas por este Cuerpo, puesto que, por un lado, no pueden ser subsumidas en ninguna de las causales que habilitarían esa vía impugnativa y, por otro, en tanto ya fueron introducidas, analizadas y refutadas en oportunidad de deducirse el pertinente recurso casatorio, el que fue resuelto y rechazado por este Tribunal, conforme surge de las constancias de fs. 575/578 y vta. del expediente N° 14.003.

Asimismo, cabe agregar que esta resolución no fue cuestionada por la defensa de O. en el plazo establecido por la ley de procedimiento para deducir recurso extraordinario federal, adquiriendo de ese modo el carácter de firme.

En definitiva, entiendo que los dos planteos referidos constituyen una nueva edición de cuestiones resueltas por este Cuerpo mediante una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada; la que, además, no es objetivamente impugnabile en esos aspectos mediante el recurso de revisión intentado, por no encuadrar los puntos de agravio señalados en ninguno de los supuestos expresamente establecidos por la ley para que esa vía impugnativa resulte procedente.

5.- Acerca de la aplicación de **jurisprudencia posterior más beneficiosa para el condenado**

Sentado ello, advierto que este Tribunal sólo tiene jurisdicción para expedirse en relación a un solo planteo de los expuestos por la defensa de S. O., esto es, el referido a la aplicación al caso de jurisprudencia posterior más beneficiosa. Al respecto, corresponde señalar que la pretensión aludida no resulta procedente en el caso sometido a tratamiento.

Ello puesto que, según entiendo, la interpretación jurisprudencial más beneficiosa no resulta ser aplicable en forma automática. Por el contrario, considero que, a los fines pretendidos por las recurrentes, corresponde efectuar un análisis hipotético. Concretamente, habría que suponer que los fallos cuya aplicación se pretende –**“Maldonado” de la CSJN y “Roldán Cajal” y “Ríos Vallejos” de esta SCJM– fueron dictados con anterioridad al 15 de septiembre de 2003** -fecha en la que recayó la sentencia aquí impugnada- y, en ese contexto, preguntarse si los magistrados intervinientes, bajo las pautas establecidas en esas resoluciones, hubieran resuelto del modo en que lo hicieron o del modo en que pretenden las recurrentes.

El análisis precedente debe realizarse además examinando la identidad o semejanza del caso sometido a juzgamiento con los presupuestos fácticos y jurídicos contemplados en la jurisprudencia que se pretende aplicar, puesto que sólo ante supuestos análogos se prevé la procedencia de esta causal de revisión a fin de evitar desigualdades entre quienes fueron condenados por hechos similares, tal como se dijo anteriormente.

En tal sentido, entiendo que la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial ha resuelto de manera adecuada el caso sometido a su juzgamiento, basándose en sus específicas circunstancias.

Dicho de otro modo, el tribunal de juicio no podría haber aplicado los criterios establecidos en los fallos invocados, puesto que los supuestos fácticos de aquellos precedentes no resultan semejantes a los hechos investigados en autos.

Así, si bien los imputados en las cuatro causas resultaron ser menores al momento de comisión de los hechos respectivos, en los tres primeros (Maldonado, Roldán Cajal y Ledesma Reche en autos “Ríos Vallejos”) los imputados fueron condenados inicialmente a la pena de prisión perpetua por encuadrar los hechos que se le atribuían en la figura prevista por el art. 80, inc. 7° del C.P. -y ése fue el agravio que dio lugar a la doctrina que de ellos emana- mientras que en estos obrados se lo condenó a veinte años de prisión por habersele imputado el delito de homicidio con motivo o en ocasión de robo (art. 165 del C.P.). Como se advierte, las sentencias invocadas por las recurrentes no resolvieron casos semejantes al aquí analizado ni desde el punto de vista fáctico ni desde la perspectiva jurídica, puesto que la calificación legal es diversa y, por ello, también las consecuencias que se derivan en el ámbito de ejecución de la pena. Es decir que, confrontadas las situaciones bajo análisis, resulta claro que las razones que dieron fundamento a la jurisprudencia cuya aplicación se pretende no se verifican en el caso concreto, por lo que su aplicación debe ser desestimada en esta instancia.

Asimismo, no puede dejar de señalarse la posición de nuestro cimero Tribunal al resolver un caso similar, sosteniendo que «tratándose de la aplicación de una pena temporal a un joven que cometió homicidio agravado ..., cuyo plazo se encuentra determinado desde el momento de su imposición, y no de una prisión o reclusión perpetua de niños, la condena se adecua al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza c. Argentina” — 14/05/2013; AR/JUR/25707/2013—» (**Del dictamen del procurador fiscal que el Dr. Rosatti hace suyo en su voto, Fallos: 340:1450**).

En virtud de las consideraciones precedentes, y oído el señor Procurador, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a tratamiento. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: No obstante haberse dado respuesta negativa a la primera cuestión sometida a tratamiento y teniendo en cuenta la falencia consignada en el punto 1- de la cuestión anterior, corresponde remitir estos obrados al Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial a fin de que se dé cumplimiento a lo ordenado por este Cuerpo en el punto 3°) del resolutivo agregado a fs. 725 vta. y, en caso de que se haya procedido conforme se dispuso en aquella oportunidad, se corrija cualquier anomalía que haya impedido agregar las constancias respectivas. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y DALMIRO GARAY adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de la Dra. ...en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASI VOTO.

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de revisión interpuesto a fs. 786/791 vta. de autos N° 14.003/136.365 y a fs. 24/31 vta. de autos N° 13-04087506-3 en favor de Sergio Rodrigo Oros.

2.- Remitir estos obrados al Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial a fin de que se dé cumplimiento a lo ordenado por este Cuerpo en el punto 3°) del resolutivo agregado a fs. 725 vta. y, en caso de que se haya procedido conforme se dispuso en aquella oportunidad, se corrija cualquier anomalía que haya impedido agregar las constancias respectivas.

3.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de la Dra. ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO. Ministro. DR. DALMIRO GARAY CUELI. Ministro. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

9- RODRIGUEZ ZAMBRANO. 26-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														357
-	-	-	AFA	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	353

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=22>

Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. Art. 353, 357, 474 del CPP

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Probabilidad. Elevación a juicio. Sobreseimiento. Nulidad.

Summa:

El **TPC** resolvió sobreseer en forma definitiva a Nicolás Federico Rodríguez Zambrano del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El señor **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscal de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones y se remite a los argumentos expresados por aquella.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la titular de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 41 dictada, remitiendo los presentes obrados al Tribunal de origen a fin de que continúe la causa según su estado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 41, pronunciada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal- 1° CJ.

Doctrina citada:

Cafferata Nores – Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Editorial Mediterránea, 2003, Tomo II, pág. 101

Parágrafos destacados:

“(…) Dicho de otro modo, el grado de conocimiento aludido implica que, en el caso de que se trate, la valoración de la prueba reunida durante la investigación penal preparatoria provoque el convencimiento de que el hecho investigado ocurrió y que el imputado intervino en él, al menos, en grado de **probabilidad**. Y ese “grado de probabilidad” supone que la prueba de cargo prevalece sobre la de descargo, por su aptitud y valor convictivo (…)

SCJM. Dres.: **Valerio**. Garay. Adaro.

(N.M.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-02847192-5((012174-10635301)). FC/RODRIGUEZ ZAMBRANO, NICOLÁS P/HOMICIDIO AGRAVADO (60269) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *102868912*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02847192-5, caratulada "Fc/Rodríguez Zambrano, Nicolás p/ homicidio agravado s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Dalmiro Garay Cueli, y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La titular de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 41 (fs. 333/340 vta.), en tanto hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa de Nicolás Federico Rodríguez Zambrano y, en consecuencia, sobreseyó en forma definitiva al nombrado respecto del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del C. Penal).

Dicho pronunciamiento fue dictado en autos N° P- 60.269/11 por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- Resolución recurrida

El tribunal sentenciante, actuando en forma colegiada, resolvió sobreseer en forma definitiva a Nicolás Federico Rodríguez Zambrano del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, que oportunamente le fuera endilgado, de conformidad a lo dispuesto por el art. 353, inc. 5° del C.P.P.

Conforme surge del auto de elevación a juicio obrante a fs. 301/305, recurrido en apelación, los hechos objeto del proceso habrían consistido en que «[...] el 13 de julio de 2011 siendo aproximadamente a las 22:00 hs. Nicolás Federico Rodríguez Zambrano se encontraba junto a un grupo de [...] ocho o diez personas en las inmediaciones del monoblock C-1 ubicado hacia el norte de calle Malvinas Argentinas del B° Huarpes III de Luján de Cuyo. Luego de mantener una discusión con Arturo Dionisio Kuga, le efectuó dos disparos de arma de fuego que impactaron en el tórax de la víctima, mientras que otro sujeto apodado "Melo" lo apuñaló por la espalda con un cuchillo. Las heridas que ambos individuos le ocasionaron a Arturo Dionisio Kuga, le ocasionaron la muerte».

Para llegar a la conclusión desinriminatoria que aquí se cuestiona, el tribunal consideró que «si bien los elementos probatorios colectados en autos han sido idóneos para sostener como probable la participación punible del encausado en el hecho, estas mismas probanzas no permiten avizorar mínimamente el dictado de una sentencia de naturaleza condenatoria [...] pues el material probatorio reseñado ut supra no demuestra en forma preponderante que el encartado sea el ejecutor material [...] y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas [...]» (resolución recurrida fs. 339).

II.- Recurso de casación

El recurso de casación se interpone con sustento en el art. 474 inc. 2° del C.P.P.

En ese orden, la recurrente expresa que la sentencia es errónea por cuanto no se ha valorado la prueba existente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional y, por tanto, entiende inobservados los artículos 206, 357 y 353, inc. 5° del Código de rito (recurso, fs. 379 vta.).

Cuestiona los argumentos que la Cámara utilizó para el dictado del sobreseimiento del imputado, vinculados, por un lado, a la valoración y mérito del plexo probatorio –en particular respecto del testimonio de Adela Maribel Dionisio Kuga– y, por el otro, respecto de la particular interpretación del juzgador en relación al grado de convicción o certeza requerido para el dictado de la prisión preventiva y para la elevación de la causa a juicio.

En síntesis expresa que «la posibilidad o imposibilidad de obtener una sentencia condenatoria no puede ser analizada en esta instancia ya que **no se requiere certeza para elevar la causa a juicio** sino elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado» (recurso, fs. 381 vta.).

En función de ello, solicita se haga lugar al recurso interpuesto, se case la sentencia cuestionada y se disponga la elevación de la presente causa a juicio.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General mantiene el recurso interpuesto por la Fiscal de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones y se remite a los argumentos expresados por aquella.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones considero que corresponde **hacer lugar al recurso de casación** formulado por la titular de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida y disponer la elevación de la presente causa a juicio. Paso a explicarlo.

Tal como surge de las constancias de autos, la resolución cuestionada hizo lugar al recurso de apelación deducido por la defensa de Rodríguez Zambrano contra el auto de elevación a juicio emitido por el Tercer Juzgado de Garantías, en tanto consideró que el plexo probatorio incorporado a la causa no permitía avizorar el dictado de una sentencia condenatoria.

Así, consideró que la jueza de garantías, para elevar la causa a juicio, se había basado únicamente en la declaración de Adela Dionisio Kuga, la que –a su criterio y a diferencia de lo valorado por aquella magistrada– lucía controvertida y huérfana de evidencias que la avalaran, y no demostraba «en forma preponderante» que el imputado fuera el ejecutor material del homicidio.

En ese orden, el tribunal señaló las contradicciones en las que incurrió la Sra. Kuga (fs. 336 vta./338) y destacó la divergencia de criterio, adoptado por la jueza de garantías, para efectuar la ponderación de ese testimonio y los de Lola Andrea Saavedra y Manuel Alejandro Suárez (fs. 337 vta.).

No obstante tales consideraciones, entiendo que los agravios propuestos por la Sra. Fiscal de Cámara al efectuar su reclamo casatorio deben prosperar.

Así, en relación al primero de esos cuestionamientos, esto es el grado de conocimiento requerido para elevar una causa a juicio, considero que no es necesaria, en esta fase del proceso, la certeza a que hace referencia el sentenciante y que esta última es privativa del dictado de sentencia condenatoria –certeza positiva– o absolutoria –certeza negativa–, posterior al debate oral y público.

En efecto, lo exigido por la ley de forma para que una causa pase a la etapa del plenario es que «hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado» (**art. 357 del C.P.P. Ley 6730**), es decir, que la participación responsable del imputado se encuentre acreditada, al menos, con un grado de probabilidad. Dicho de otro modo, el grado de conocimiento aludido implica que, en el caso de que se trate, la valoración de la prueba reunida durante la investigación penal preparatoria provoque el convencimiento de que el hecho investigado ocurrió y que el imputado intervino en él, al menos, en grado de probabilidad. Y ese “grado de probabilidad” supone que la prueba de cargo prevalece sobre la de descargo, por su aptitud y valor convictivo (**Cafferata Nores – Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Editorial Mediterránea, 2003, Tomo II, pág. 101**).

Aplicados estos conceptos al caso sometido a estudio, advierto que se verifica el grado de conocimiento exigido por la norma de rito para que la presente causa sea elevada a plenario, toda vez que la contundencia de los elementos de prueba que incriminan a Rodríguez Zambrano –y que dan fundamento a la hipótesis acusatoria– aún no han sido desvirtuados por la prueba ofrecida y producida en su favor, contrariamente a lo sostenido por el tribunal impugnado.

Esta última afirmación, conduce al tratamiento del segundo agravio esgrimido por la impugnante, es decir, el referido a la valoración de los elementos de prueba incorporados a la causa, en relación al cual advierto que el a quo ha incurrido en una serie de falencias que deslegitiman el sobreseimiento dictado.

En esa línea de análisis, considero que no le asiste razón al sentenciante al afirmar que la testigo Dionisio Kuga, hermana de la víctima de autos, desde el inicio de la investigación y durante el curso de la misma, «dice y se desdice sin ninguna justificación valedera», que su narración «tampoco puede ser corroborada a través de elementos periféricos de ninguna especie» y que «es una testigo de dudosa credibilidad» (resolución impugnada, fs. 337 vta.), en tanto de las constancias de la causa surgen elementos que, por un lado, corroboran sus dichos incriminantes –al menos con el grado de probabilidad antes referido– y, por otro, justifican que en un primer momento no haya señalado a Rodríguez como autor de los hechos investigados.

En efecto, si bien en su primera declaración Adela Dionisio Kuga no dio nombres de las personas que estaban con su hermano al momento de ser herido –y que podrían haber sido los autores–, debe tenerse en cuenta que sí expresó que a «algunos los conoc[ía] de vista», conforme surge del acta de declaración testimonial obrante a fs. 3 y vta. Asimismo, no puede soslayarse que cuatro días después y ante la muerte de su hermano, la testigo amplió su declaración y manifestó, en forma clara e indubitable, que la noche de los hechos vio a Nicolás Rodríguez y a “Melo” y su bandita, que observó que «Nicolás Rodríguez tenía un arma de fuego» y que «el que dispara es Nicolás Rodríguez, porque [ella] lo vi[o] cuando le disparaba a [su] hermano» -fs. 21/23-.

En esa última oportunidad, la testigo expresó también que Rodríguez, dos o tres meses atrás, le había apuntado a su hermano con una arma y que no había contado estas circunstancias cuando declaró la primera vez porque «quería que [su] hermano pusiera [...] la denuncia, que él saliera, cuando [ella] declar[ó] el día miércoles [su] hermano todavía estaba vivo» (fs. 22 vta.).

Tal como se advierte, el testimonio aludido no sólo no resulta contradictorio sino que las variaciones en el discurso obedecen al cambio de circunstancias en las que las dos declaraciones se produjeron y las consideraciones que el a quo tiene en cuenta para restarle credibilidad, no resultan esenciales. Dicho de otro modo, los datos aportados por Adela Dionisio fueron mayores y más precisos en su segunda declaración, toda vez que ella esperaba que fuera la propia víctima quién incriminara a su agresor, lo que no pudo suceder debido a su posterior deceso, como consecuencia de los disparos sufridos.

Por otro lado, no pueden dejar de considerarse otros elementos de prueba que, aún de modo indiciario, aportan datos que pueden contribuir a esclarecer los hechos investigados y dar mayor fuerza convictiva a la declaración de Adela Dionisio Kuga, dentro de las limitaciones propias de la etapa procesal que se transita. Entre ellos se puede mencionar la declaración de Marta Morales, quien manifestó haber visto a Rodríguez portando un arma de fuego, con posterioridad a que resultara herido Arturo Dionisio Kuga -según surge de la declaración testimonial de fs. 152 y vta.-, y también la declaración de la progenitora de la víctima agregada a fs. 153 y vta., quien indicó cuál podría haber sido la causa de la agresión hacia su hijo, esto es, la venta de una vivienda de propiedad de este último.

En virtud de ello, entiendo que los argumentos desarrollados por el sentenciante no resultan suficientes para tener por “no creíble” la declaración efectuada por la hermana de la víctima de autos y única testigo presencial de los hechos objeto del proceso.

Ahora bien, en otro orden, el a quo sostuvo que la jueza de garantías había valorado con una «arbitraria divergencia de criterio» las declaraciones brindadas por los testigos ofrecidos por la defensa -Lola Saavedra y Manuel Suárez- y la efectuada por Adela Dionisio.

Sin embargo, no advierto tal arbitrariedad en el razonamiento efectuado por aquella magistrada, teniendo en cuenta, principalmente, que la fuerza probatoria que las mismas aportan resulta ser distinta. Así, por un lado, los testigos de la defensa declararon seis meses después de ocurrido el hecho objeto del proceso, recordando con precisión lo que hicieron seis meses atrás, circunstancia que hace dudar de su veracidad, y, por otro, que la hermana de Arturo Dionisio, lo hizo en dos oportunidades, sin contradicciones esenciales –como se analizó precedentemente– y a tan sólo cuatro días de sucedida la agresión que terminó con la vida de su hermano.

A ello debe agregarse que el vínculo existente entre los testigos de descargo y Rodríguez Zambrano -Lola Saavedra resultó ser su novia y Manuel Suárez su amigo-, también contribuye a restarle valor convictivo a sus declaraciones, en tanto tienen un evidente interés en la desincriminación del imputado, y en función de ello, se advierte que efectivamente las declaraciones brindadas por Adela Dionisio poseen mayor fuerza convictiva que la prueba de descargo.

Por lo expuesto, considero que la ponderación que el sentenciante efectuó de los elementos de prueba incorporados no resultó ser la adecuada, conforme los lineamientos establecidos por la ley de forma y la etapa por la que transita el presente proceso, máxime si se tiene en cuenta la entidad de los hechos investigados.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASI VOTO.

Voto Dr. Garay y Dr. Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión los Dres. Dalmiro Garay Cueli y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento el resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la titular de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 41 dictada por el Cámara de Apelaciones en lo Criminal.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Dalmiro Garay Cueli y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

Resuelve:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 379/384 por la titular de la Fiscalía de Cámara de Apelaciones y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 41 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen a fin de que continúe la causa según su estado.

10- NIEVAS CASANOVA. 16-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	486

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=36>

Lex: Art. 84, 189 bis inc. 2°, 2° párrafo, 119, 1° párrafo y 55 del CP. Art. 474, 486 del CPP

Vox: Homicidio culposo. Concurso real. Arma de fuego de guerra. Portación. Tenencia. Abuso sexual. Calificación legal. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años y seis meses** de prisión como autor del delito de homicidio culposo en concurso real con portación de arma de guerra y por el delito de abuso sexual todo en concurso real (arts. 84 del CP, 189 bis inc. 2 segundo párrafo, 119 primer párrafo y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** examina el agravio promovido por el recurrente y señala que procede formal y sustancialmente, por lo que aconseja se case la sentencia y se reduzca proporcionalmente la pena conforme a la nueva calificación instaurada.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación promovido y en consecuencia casar el punto I de la Sentencia N° 33, el que quedará redactado de la siguiente forma «I.- Condenando a José Alberto Nievas Casanova como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso real con **tenencia** de arma de guerra y por el delito de abuso sexual todo en concurso real, previsto y penado por los arts. 84, 189 bis inciso segundo, segundo párrafo, 119 primer párrafo y 55 del C.P.», remitiendo los presentes autos al juez subrogante legal del TPC a efectos de realizar una nueva audiencia con miras a **individualizar la pena** correspondiente a José Alberto Nievas Casanova en atención al cambio de calificación operado (art. 486 del C.P.P.).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 33, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Parágrafos destacados:

(...) le asiste razón al recurrente en cuanto a que el a quo ha soslayado en su análisis la concurrencia del requisito de que el arma sea «portada» en lugar público o de acceso público, puesto que de haber ponderado tal circunstancia habría descartado la aplicación del delito de portación de arma de guerra por el cual condenó a José Alberto Nievas. Ello así toda vez que, de los hechos que se tuvieron por acreditados se desprende que aquél ocurrió en el **interior** de la vivienda donde residía el imputado, más específicamente en su habitación y no se desprende de los elementos de prueba que el arma haya sido con anterioridad trasladada por Nievas en condiciones inmediatas de ser disparada en lugares públicos o de acceso público (...)

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

(N.M.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04386834-3/1((018601-108774)). F. C/ NIEVAS CASANOVA JOSE ALBERTO P/ HOMICIDIOS SIMPLES AGRAV. POR UTILIZACION ARMA DE FUEGO (108774/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104465558*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04386834-3, caratulada “Fc/ Nieves Casanova José Alberto p/homicidios simple agrav. por utilización arma de fuego p/ recurso ext. de casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Omar A. Palermo, segundo Dr. Mario D. Adaro y tercero Dr. José V. Valerio.

A fs. 237/239, el defensor técnico de José Alberto Nieves Casanova promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 33 obrante a fs. 235 y sus fundamentos brindados en forma oral, de fecha 18 de junio de 2.018, en tanto condena a José Alberto Nieves Casanova a la pena de ocho años y seis meses de prisión como autor del delito de homicidio culposo en concurso real con portación de arma de guerra y por el delito de abuso sexual todo en concurso real (arts. 84 del CP, 189 bis inc. 2 segundo párrafo, 119 primer párrafo y 55 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Dr. Gonzalo Guiñazú del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en colegiado, en autos N° P-108774/16 y P-73338/15.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso, establece que en fecha 29 de octubre de 2.016 aproximadamente a las 13.30 horas, en el interior de la vivienda sita en Barrio Pedro Molina I, manzana 6, casa 18, Guaymallén, Mendoza, José Alberto Nieves Casanova disparó un arma de fuego tipo “tumbera” impactando el proyectil en la cara lateral derecha del cuello de Miguel Ángel Gómez causándole la muerte por dilaceración cerebral con herida de proyectil de arma de fuego. El hecho fue calificado como homicidio culposo en concurso real con portación de arma de guerra.

Para así decidir el a quo tomó en consideración las declaraciones testimoniales rendidas en audiencia de debate por: María Isabel Duarte, Sebastián Olivera; Francisco Romero y el resto de la prueba debidamente incorporada.

II.- Recurso de casación

A fs. 237/239 el recurrente promueve recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 1 y 2 del C.P.P., toda vez que considera que en la sentencia se ha incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva derivada de una inadecuada valoración del plexo probatorio.

La defensa refiere que se cometió **un error al calificar la conducta** de su defendido como portación de arma de guerra por el hecho de que aquella se encontraba cargada y no como tenencia de arma de guerra. Señala que la portación consiste en disponer de un arma de fuego cargada o en condiciones de uso inmediato, en un **lugar público o de acceso público**. Agrega que tal situación no se ha dado en el presente caso ya que la exposición del arma de fuego fue en un lugar cerrado sin lugar a que el público acceda, motivo por el cual considera que debiera haberse condenado por tenencia con arma de guerra con la consiguiente rebaja de tiempo en la condena.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 275/276 se encuentra agregado el dictamen del señor Procurador General. Examina el agravio promovido por el recurrente y señala que procede formal y sustancialmente, por lo que aconseja se case la sentencia y se reduzca proporcionalmente la pena conforme a la nueva calificación instaurada.

Expresa que en los fundamentos de la sentencia se refiere que el arma estaba cargada. Por ello el a quo entendió que al encontrarse lista para ser disparada el imputado la portaba o traía antes del homicidio en esas condiciones. Así consideró que el delito era de portación y no tenencia.

Agrega que conforme la doctrina y jurisprudencia las condiciones que deben darse para que se configure la portación son: la posibilidad de uso inmediato, lo que supone que el arma se encuentre cargada y, que la acción se desarrolle en lugares públicos o de acceso público.

Expresa que en el caso traído a conocimiento el imputado se encontraba en la habitación que ocupaba en la casa donde dormía, lugar donde se produjo el homicidio y conforme una de las testigos el arma la habría sacado de debajo de una cama y luego de manipularla se produjo el disparo mortal. De tal manera no se cumple el requisito de que el arma sea portada en lugar de acceso público sin poder presumirse, sin más, que la traía desde el exterior al no contarse con prueba objetiva al respecto.

IV- Solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Analizado el recurso de casación y la sentencia puesta en crisis adelanto mi opinión en el sentido de que aquel debe ser acogido, el acto sentencial casado y que a los fines de la **reducción proporcional de pena** propuesta debe procederse al reenvío de la causa al tribunal que corresponda, en atención a los motivos que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar conviene señalar que en relación a José Alberto Nieves Casanova se llevó a cabo debate por los delitos que se le atribuían en autos P 108.774/16, P 73338/15 y P 114.837/16. En aquellos se le endilgaban los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, abuso sexual y amenazas agravadas por el uso de arma; en tanto que en la sentencia cuestionada se lo condenó a la pena de ocho años y seis meses de prisión por los delitos de homicidio culposo en concurso real con portación de arma de guerra y abuso sexual todo en concurso real resultando absuelto del delito de amenazas agravadas por el uso de arma seguido contra el imputado en autos P-114.837/16.

Ahora bien el objeto del recurso se circunscribe al delito de portación de arma de guerra por el que fue condenado por el hecho investigado en autos P-108.774/16, sin formular cuestionamiento a la plataforma fáctica ni al concurso real entre las figuras. De este modo mi voto no se pronunciará en relación al concurso real entre la tenencia de arma y el homicidio.

En aquellos autos, la plataforma fáctica por la cual se acusó a José Alberto Nieves Casanova consistió en que «el día 29 de octubre de 2.016 aproximadamente a las 13.30 horas, en el interior del domicilio ubicado en el Barrio Pedro Molina, manzana 6, casa 18, Guaymallén, Mendoza, José Alberto Nieves Casanova le efectuó un disparo con un arma de fuego en la cara lateral derecha del cuello a Miguel Ángel Gómez causándole la muerte por dilaceración cerebral con herida de proyectil de arma de fuego» (ver requerimiento de citación a juicio de fs. 167/171).

Esa plataforma fáctica y el encuadre jurídico por el que se había formulado la requisitoria fiscal fue mantenida por la representante del Ministerio Público Fiscal al momento de formular alegatos, estableciendo en la hipótesis acusatoria que el ilícito cometido resultaba doloso con base a la valoración que formula de los elementos de convicción. Por su parte, al alegar, la defensa técnica sostuvo que el hecho no fue cometido con dolo, que aquel no puede inferirse sino que debe ser probado y no hay elementos que acrediten la actuación dolosa de su asistido (registro audiovisual del día 18 de junio de 2.018 a partir del minuto 37.19).

Tal ponderación en relación al **elemento subjetivo** fue compartida por el sentenciante quien señaló (50.44) que modificaba la calificación entendiendo que el hecho resultaba un **«homicidio culposo no agravado por el uso de arma de fuego»**. En relación al tipo culposo refirió que el análisis de los hechos de la señora fiscal fue correcto, aunque no coincidió en relación a la interpretación del modo en que se disparó el arma de fuego. Afirmó que el arma requiere dos procedimientos, uno para cargar y otro para disparar, y que en el caso el arma se encontraba cargada y al manipularla para mostrársela a su amigo se disparó. Examinó las circunstancias previas y posteriores al hecho y refirió la amistad que unía al imputado

y a la víctima y que luego del hecho Nievas Casanova cargó a Gómez en un auto para que fuese asistido y luego concurrió al hospital para ver cómo estaba Gómez. en otro vehículo se va al hospital a ver como estaba y de ello infiere la inexistencia de dolo en el hecho (registro audiovisual del debate día 18 de junio de 2.018 a partir del minuto 57).

Respecto al delito de **portación de arma de guerra** explicó el a quo los motivos por los que el arma de fabricación casera es de guerra y, particularmente, en relación a la portación valoró que al momento de efectuar el disparo aquella estaba cargada y apta para el disparo (registro audiovisual del día 18 de junio de 2.018 a partir del minuto 57.30).

Como anticipé, le asiste razón al recurrente en cuanto a que el a quo ha soslayado en su análisis la concurrencia del requisito de que el arma sea «portada» en lugar público o de acceso público, puesto que de haber ponderado tal circunstancia habría descartado la aplicación del delito de portación de arma de guerra por el cual condenó a José Alberto Nievas. Ello así toda vez que, de los hechos que se tuvieron por acreditados se desprende que aquél ocurrió en el interior de la vivienda donde residía el imputado, más específicamente en su habitación y no se desprende de los elementos de prueba que el arma haya sido con anterioridad trasladada por Nievas en condiciones inmediatas de ser disparada en lugares públicos o de acceso público.

Refuerza la solución que propicio el dictamen del señor Procurador General quien se expide en sentido afirmativo poniendo de resalto que según una de las testigos, concretamente María Isabel Duarte, el arma fue extraída por Nievas de abajo de una cama sin que sea posible presumir ni acreditar que se había traído desde el exterior cargada.

De tal manera, conforme el desarrollo efectuado en relación al delito de portación de arma de guerra por el que ha sido condenado y, toda vez que no se verifica uno de los extremos necesarios para que tal ilícito se perpetre corresponde acoger el recurso de casación promovido y casar el punto I de la Sentencia.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser acogido en esta instancia y a los fines de la recomposición del monto de pena deben remitirse los presentes autos al subrogante legal para la sustanciación de una nueva audiencia a fin de discutir la pena aplicable conforme el cambio de calificación operado.

ASI VOTO.

Voto Dres. Adaro y Valerio - Primera cuestión

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y José V. Valerio adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde casar el punto I de la Sentencia N° 33, la que quedará redactada de la siguiente forma: «I.- Condenando a José Alberto Nievas Casanova como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso real

con tenencia de arma de guerra y por el delito de abuso sexual todo en concurso real, previsto y penado por los arts. 84, 189 bis inciso segundo, segundo párrafo, 119 primer párrafo y 55 del CP».

Ahora bien, en relación al monto de la pena aplicado de ocho años y seis meses de prisión y la variación producida, como también el reclamo del defensor y el dictamen positivo en este aspecto del señor Procurador General, considero que corresponde reenviar la causa al juez subrogante del Tribunal Penal Colegiado N° 1, con el objeto de **reducir proporcionalmente** aquella conforme el cambio de calificación expresado.

Por lo que, deben pasar los autos al juez subrogante del Tribunal Penal Colegiado N° 1 a efectos de la individualización de la pena conforme al cambio de calificación (art. 486 del C.P.P.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y José V. Valerio adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales del Dr. Emiliano Reales en la suma de pesos treinta y cuatro mil ochocientos setenta y siete con 32/100 (\$ 34.877,32) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y José V. Valerio adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido por el defensor técnico de José Alberto Nieves Casanova y en consecuencia casar el punto I de la Sentencia N° 33, el que quedará redactado de la siguiente forma «I.- Condenando a José Alberto Nieves Casanova como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo en concurso real con tenencia de arma de guerra y por el delito de abuso sexual todo en concurso real, previsto y penado por los arts. 84, 189 bis inciso segundo, segundo párrafo, 119 primer párrafo y 55 del C.P.».

2.- Remitir los presentes autos al juez subrogante legal del Tribunal Penal Colegiado N° 1 a efectos de realizar una nueva audiencia con miras a individualizar la pena correspondiente a José Alberto Nieves Casanova en atención al cambio de calificación operado (art. 486 del C.P.P.).

3.- Imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales del Dr. Emiliano Reales en la suma de pesos treinta y cuatro mil ochocientos setenta y siete con 32/100 (\$ 34.877,32w a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

Regístrese. Notifíquese.

11- ARZUZA y ot. 23-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE IE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=38>

Lex: Art. 84, 1° párrafo del CP. Art. 474 del CPP

Vox: Homicidio culposo. Coautoría. Principio de Congruencia. Derecho de defensa.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** condenó a los imputados Arzuza y Gassibe a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación** para el ejercicio de la medicina por **nueve años**, por considerarlos coautores (art. 45 CP) del delito de homicidio culposo (art. 84 primer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de los señalados.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 7726, pronunciada por la Primera Cámara del Crimen (hoy TPC N° 1°) – 1° CJ.*

Precedentes citados

SCJM

- Torres Surget. 03-05-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

En un hecho delictivo, lo que distingue entre los distintos grados de intervención no es el dominio del hecho sino el **grado de intervención en el suceso**, de modo que la diferencia entre autores y partícipes, y entre estos en particular, depende de intensidad cuantitativa de los aportes, siendo autor aquel que configura lo principal en el hecho, y partícipes quienes configuran lo accesorio. Si la participación en un delito implica valoraciones sobre la naturaleza de la intervención de una persona en la configuración de un hecho en términos de intensidad, las apreciaciones que la acusación haga respecto de ello implican definiciones relativas al alcance de la plataforma fáctica imputada y, consecuentemente individualizan el punto de referencia de la defensa para plantear la mejor estrategia posible de acuerdo con su interés. De este modo, cualquier postura que modifique el sentido dado por la acusación a la intervención del acusado conlleva una modificación de la referencia sobre el que la defensa ha decidido estructurar su labor contradictoria. El Juez de grado vulnera el derecho de **defensa del acusado**, en primer lugar cuando cambia la calificación definida por la acusación relativa al tipo de intervención del imputado en el hecho delictivo. En segundo lugar, puesto que compromete la labor de la defensa del acusado al no facilitar la tarea contradictoria respecto del campo modificado y su relevancia en la individualización de la pena..." La petición de la pena forma parte de la acusación, entendida ésta como etapa fundamental del debido proceso penal, de manera que la completa correspondencia que demanda el principio de congruencia entre la sentencia y las circunstancias tenidas en cuenta por el órgano acusador también recae sobre el requerimiento punitivo. Así, cualquier pena que exceda el pedido de la acusación coloca al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, de manera que se

vulnera la **prohibición de la reformatio in pejus**. La **potestad del juez no puede exceder la pretensión punitiva expresada por aquella de las partes del proceso** titular del ejercicio y la responsabilidad de la acción penal, es decir, del órgano acusador respecto del pedido expreso de penalidad, aplicando una sanción mayor, ni tampoco en cuanto al análisis de la plataforma fáctica objeto del proceso, calificando el hecho en forma más gravosa para la situación del imputado; una actuación que no se adecúe a ello, no sólo atenta contra los principios y garantías que implica el sistema acusatorio, sino que afecta de modo directo contra el derecho de defensa en juicio, principio basal del ordenamiento procesal. Si bien la pretensión acusatoria determina el contenido y el alcance máximo de la jurisdicción, ello no obsta a que, en el caso concreto, cuando el Tribunal advierta que el hecho encuadra en una calificación menos gravosa, puede aplicar ésta, diferenciándose así de la acusación.

Precedentes relacionados

Principio de Congruencia.

Fuente: Compendio 2022. Recopilación de Fallos y Precedentes. SCJM: <https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>)

- De Jesús. 07-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=759>
- Espina Amaya. 09-08-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220809_FcEAL.pdf
- Maio Graña. 05-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=983>
- Giménez González. 02-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=833>
- Muñoz y ot. 24-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=966>
- Castro Carrasco. 06-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=851>

Parágrafos destacados

«...[C]onsidero que no resulta controvertido afirmar la necesaria **identidad fáctica** que debe participar en cada una de los actos en que se construye y sustenta el proceso penal, y que precisamente viene a tutelar el **principio de congruencia**; es decir, la identidad entre el hecho oportunamente intimado, el hecho motivo de la acusación y el hecho motivo de la sentencia. Si ello no fuere así, se estaría violando el principio de congruencia y, con ello, la garantía de la defensa en juicio, al resultarle vedada al imputado la posibilidad de saber cuál es el hecho que se le atribuye, como así también de efectuar todos los descargos que estime pertinentes al modificarse la plataforma fáctica fijada en la sentencia. Al decir de VÉLEZ MARICONDE, "la sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio" (ob. cit., T. II, p. 234)».

«...[P]ara conllevar la extrema solución de la nulidad, los defectos del dictum deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94), lo que en la especie no ocurre, ni aún respecto de la penalidad aplicada».

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

(E.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04147189-6/1((010501-69280)) F. Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ ARZUZA VILLEGAS CARLOS GUSTAVO Y GASSIBE ZUAZQUITA CARLOS ELIAS P/ HOMICIDIO SIMPLE (69280) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104211027*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04147189-6/1 caratulada "Fc/ Arzuza Villegas, Carlos Gustavo y Gassibe Zuazquita, Carlos Elías p/homicidio... s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Pedro J. Llorente y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de Carlos Gustavo Arzuza Villegas y Carlos Elías Gassibe Zuazquita interpone recurso de casación (fs. 1297/1328) contra la Sentencia N° 7.726 (fs. 1080) y sus fundamentos, mediante la cual se resolvió condenar a los nombrados a la pena de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de la medicina por nueve años, por considerarlos coautores (art. 45 Cód. Penal) del delito de homicidio culposo (art. 84 primer párrafo del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia establece que el 15 de julio de 2013 a las 16.30 horas aproximadamente los imputados, en su calidad de médicos y en el marco de una intervención quirúrgica programada en la cual le iban a practicar una liposucción y abdominoplastia al señor Roberto Normando del Barco en las instalaciones de la "Clínica Excellar" de la que eran propietarios, producto del sobrepeso que presentaba el paciente y sin haber contratado previamente los servicios de un médico anestesiólogo que aconsejara qué tipo de anestesia era la más adecuada al tipo de paciente y a la importancia y la duración de las intervenciones programadas y existiendo duda por falta de la cadena de custodia de prueba dirimente si los mismos contaban o no con los equipos técnicos indispensables para una monitorización adecuada de un paciente en ese tipo de operación, le aplicaron sin estar habilitados para la especialidad de anestesiología por vía

raquídea como droga anestésica bupivacaína, pero sin que se haya podido determinar ni el tipo de aguja que se utilizó y si la misma estaba integrada con el introductor que es la guía que asegura el ingreso justo hasta el lugar exacto, ni la dosificación que se le suministró, así como el tipo (isobárica o hiperbárica) ni su concentración, ni se logró determinar si se le había agregado algún otro componente como por ejemplo un vaso constrictor, ya que para evitar todas esas comprobaciones deliberadamente los dos únicos médicos que tomaron parte de esa intervención quirúrgica, ordenaron hacer desaparecer de la sede del establecimiento con la colaboración de terceros ajenos pero de su estrecha amistad que llegaron con posterioridad al desenlace fatal y antes de que tomara intervención la policía, a todos los elementos de prueba vinculados con el tema, habiéndose comprobado que la aplicación de esa droga le produjo la muerte al señor Del Barco en un plazo no mayor a los treinta minutos, producto de un fallo de bomba (insuficiencia cardíaca aguda), resultando estériles todas las maniobras de resucitación que le practicaron.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque la sentencia es arbitraria y se ha apartado de las reglas de la sana crítica racional, y al ser producto de una errónea interpretación de la prueba no refleja la dinámica de los hechos que desencadenaron en la muerte de la víctima, por lo que aplica erróneamente la ley sustantiva, sobre todo al afirmar que sus pupilos son autores de homicidio culposo.

Se queja asimismo porque se han violado los principios de proporcionalidad y congruencia, así como los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, en la imposición de la pena.

Pide que se advierta que a la fecha del hecho la clínica estaba habilitada, porque si bien había un proyecto de resolución donde autorizaba el funcionamiento, que todavía no estaba firmado, el 18 de abril de 2013 se extendió una constancia de trámite final, dos meses antes de este hecho, en la que se afirma que se han cumplido los requisitos exigidos por ley 5532 y decreto 3016 e inscripto en el Registro Provincial de Salud.

Relata que no es de aplicación la norma que cita el a quo porque se refiere a las anestесias generales y regionales y en este caso, se iba a usar anestesia local.

Alega que no se aplica la resolución 642/200 del Ministerio de Salud de la Nación, porque sólo es obligatoria para los efectores del sector privado de salud, porque el decreto 1424/97 así lo establece, y que en la clínica habían más elementos y aparatos medicinales que no figuraban en la presentación ante el Ministerio de Salud, y que no fueron secuestrados ni verificados debido a la mala instrucción de la causa.

Señala que la consignación en la historia clínica como fecha de intervención el 15/6/13 cuando en realidad fue el 15 de julio de 2013, se debió a un error.

Se queja porque no se acreditó que el deceso se haya producido porque la víctima fue sometida a una anestesia raquídea mediante la cual se le introdujo en el espacio subaracnoideo la droga bupivacaína, y que haya conducta de los imputados de la que se derive con certeza que causó la muerte.

Expone que la Dra. Godoy dijo que para ella la causa de muerte fue un paro cardiorespiratorio post anestesia.

Cuestiona el accionar de esta médica, porque debía determinar la causa de la muerte y no lo hizo. Ella dijo en la necropsia que no surgía de la historia clínica ni la vía de administración ni la droga que se había colocado para la anestesia, y se había detectado presencia de bupivacaína en el líquido cefalorraquídeo, que por eso tuvieron que llegar hasta el cuarto ventrículo, que para ella estaba allí y eso ocasionó la muerte, pero que no hay explicación científica de cómo llegó esa droga al cerebro.

Dice que según la fiscal se quiso colocar anestesia epidural, y se colocó mal, pero si así fuere, habría que ver qué signos hay en el cuerpo de la víctima para aseverar esta situación, ya que al ser inyectada debería haber quedado rastro de la punción. Y del examen traumatológico surge que hay 11 punciones en zona precordial que se usaron para la resucitación y múltiples en la espiga del codo izquierdo para ponerle el suero que se le colocó al principio, pero que no hay una lesión en la espalda.

Se agravia también, porque la médica dijo que de ese lugar le mandó un trozo de piel al anatómo patólogo, lo que no le cree, porque debió dejar constancia de que el trozo de piel era de la parte de atrás.

Resalta que si había una punción en la zona lumbar se habría podido advertir microscópicamente, ya que el orificio no se habría cerrado por la muerte de la víctima y si fuera como dijo la esposa de ésta, que no le podía inyectar por el grueso de su piel, debería haber más de una punción; que la negligencia de esta médica impidió saber qué pasó, cómo llegó la bupivacaína al cerebro.

Indica que cuando le preguntaron a los testigos si podía llegar a través de los capilares al torrente sanguíneo esa droga, los dos testigos dijeron que era poco probable, pero posible. Acota el impugnante que ninguno de los dos testigos es perito en el tema.

O sea que no saben cómo llegó la bupivacaína al cerebro si ésta fue la causa de la muerte, por la negligencia de la doctora Godoy, ya que no encontraron ningún orificio por donde pudo haber entrado.

Expone que la declaración de esta profesional pudo haber sido influenciada por el Ministerio Público, desde sus más altas esferas (recurso, fs. 1306).

Por otra parte, dice que no fueron los imputados los que impidieron la actuación de la justicia, sino que fue la propia justicia que no tomó las medidas necesarias para resguardar el lugar de los hechos ni los elementos existentes en la clínica esa noche.

Asimismo se queja porque el a-quo dice que la historia clínica fue redactada después del deceso, remarcando que los horarios aportados por la esposa de la víctima no son precisos, ya que pasaron 3 años.

Agrega que no es sospechoso el tema de póliza de seguros de Mapfre, así como tampoco lo es que haya llegado el letrado recurrente la noche de los hechos a la clínica, porque fue en calidad de amigo.

Subraya que no hay norma que obligue a contar con un médico anestesista y que Beguier mintió al ser interrogado sobre si ejercía actividad gremial, así como el Dr. Nomberto dijo que la presencia de un médico anestesista no hubiera evitado la muerte de la víctima y que la muerte no se debió a una reacción alérgica.

Igualmente se queja, porque al mensurar la pena el a quo usó prueba en contra los imputados, lo que no puede hacer en virtud del principio in dubio pro reo, ya que la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad comprobada y no de la que sospeche.

Acota que el a quo se funda en hechos indefinidos, ya que no puede establecer si la muerte fue porque la droga fue colocada equivocadamente, por una movilización temprana del paciente o por un error en la dosis o por un problema en la forma de administración que llevó a la droga a un lugar donde no debería haber estado y donde fue mortal; que son varias de las opciones que aportó la perito Godoy. Que no se puede determinar cuál fue la conducta específica de los imputados.

Sostiene que el a quo rechazó el planteo acusatorio en tanto afirma que no se demostró la conducta que tuvo por acreditada la fiscalía y la querrela como la que debe ser reprochada penalmente, esto es, que la muerte se produjo al haber utilizado anestésico local con alto grado de toxicidad de manera inadecuada, porque le aplicaron la dosis de la anestesia peridural en la vía raquídea y ésta fue la causa directa de las fallas hemodinámicas que provocaron la muerte.

Agrega que no puede suplir esa falta de acreditación por otra conducta que él entiende que es la que justifica el reproche penal y que no ha sido introducida por la parte acusadora, en violación al principio de congruencia y el contradictorio, porque el juez se coloca en lugar del acusador y dicta sentencia en base a una conducta no tenida en cuenta por la fiscalía ni por la querrela.

Alega que si la conducta descrita en la acusación no está acreditada, el a quo debió absolver, y que en este caso no estuvo descrita por el fiscal.

Agrega que la fiscalía desde el inicio se basó en 4 elementos, sosteniendo que la responsabilidad era a título de dolo eventual, pero el tribunal condenó fundado en otro hecho del que los imputados no pudieron defenderse, que fue llevado al proceso recién en el debate a través del testimonio de una perito, conclusiones que debieron ser plasmadas en la necropsia y no 3 años después: de dónde extrajo la piel.

Reitera que el hecho es difuso y no específico, y permite más de una opción como conducta generadora de una consecuencia.

Pide revisión de la pena, ya que se aumentó desproporcionadamente sin tener agravantes, por lo que es arbitraria, pidiendo en su caso la pena de tres años de prisión en suspenso, ya que la escala penal va de uno a cinco años de prisión.

Alegan, entre otros extremos, que la víctima decidió por sí solo someterse a una intervención quirúrgica

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictamina que se debe rechazar el recurso, porque pretenden una revisión ex novo de lo ya tratado y sometido a contradicción de acusación y defensa, descartando que se haya incurrido en una violación del principio de congruencia.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso debe ser rechazado.

En primer lugar, porque los hechos por los que se condena a los imputados, son en lo esencial los mismos que fueron esgrimidos por el Ministerio Público y la querrela, habiéndose limitado el tribunal a descartar ciertos extremos de la acusación respecto de los cuales no obtuvo la certeza requerida en ese estadio procesal, desestimando así, que los encartados hayan obrado con dolo eventual.

En efecto, el a quo tiene por acreditado que los imputados «...en su calidad de **médicos** y en el marco de una intervención quirúrgica programada en la cual le iban a practicar una liposucción y abdominoplastia al señor Roberto Normando del Barco en las instalaciones de la “Clínica Excellar” de la que eran propietarios, producto del sobrepeso que presentaba el paciente y sin haber contratado previamente los servicios de un médico anestesiólogo que aconsejara qué tipo de anestesia era la más adecuada al tipo de paciente y a la importancia y la duración de las intervenciones programadas y existiendo duda por falta de la cadena de custodia de prueba dirimente si los mismos contaban o no con los equipos técnicos indispensables para una monitorización adecuada de un paciente en ese tipo de operación, le aplicaron sin estar habilitados para la especialidad de anestesiología por vía raquídea como droga anestésica bupivacaína, pero sin que se haya podido determinar ni el tipo de aguja que se utilizó y si la misma estaba integrada con el introductor que es la guía que asegura el ingreso justo hasta el lugar exacto, ni la dosificación que se le suministró, así como el tipo (isobárica o hiperbárica) ni su concentración, ni se logró determinar si se le había agregado algún otro componente como por ejemplo un vaso constrictor, ya que para evitar todas esas comprobaciones deliberadamente los dos únicos médicos que tomaron parte de esa intervención quirúrgica, ordenaron hacer desaparecer de la sede del establecimiento con la colaboración de terceros ajenos pero de su estrecha amistad que llegaron con posterioridad al desenlace fatal y antes de que tomara intervención la policía, a todos los elementos de prueba vinculados con el tema, habiéndose comprobado que la aplicación de esa droga le produjo la muerte al señor Del Barco en un plazo no mayor a los treinta minutos, producto de un fallo de bomba (insuficiencia cardíaca aguda), resultando estériles todas las maniobras de resucitación que le practicaron, antecedentes que llevaron a la perito forense a fijar como causa de muerte paro-cardio respiratorio post anestesia, creando con estos comportamientos un peligro prohibido, previsible y evitable, infringiendo todo deber de cuidado...» (fundamentos, fs. 2176 y vta.), hechos que no difieren sustancialmente de los contenidos en el auto de elevación a juicio.

Ello por cuanto esta resolución determina que el 15 de julio de 2013 a las 16.30 horas aproximadamente en la "Clínica Excellar", los imputados se disponían a realizar una liposucción abdominal al señor Roberto del Barco de 47 años de edad, quien presentaba obesidad mórbida, por lo que una vez en el quirófano de dicha clínica y sin contar con el equipamiento tecnológico ni la presencia de un médico con certificado de especialista en anestesiología exigidos por el Ministerio de Salud de la Nación, le inyectaron por vía raquídea el anestésico local bupivacaína, el cual por su conocido grado de toxicidad genera un alto índice de morbimortalidad del paciente si no se suministra correctamente por un especialista, causándole la muerte por paro cardio-respiratorio instantáneo post anestésico, no habiendo logrado su reanimación pese a realizar maniobras tendientes a ello por no contar con el soporte asistencial necesario para la intervención que se pretendía realizar, dado el mayor riesgo que revestía el paciente considerando su condición de obeso mórbido.

En definitiva, de lo transcripto fluye que los agravios referidos a que el a quo pronunció sentencia sobre la base de un hecho no introducido por el acusador, produciendo la indefensión de los encartados y la violación del principio de congruencia (recurso, fs. 1322), no puede prosperar.

De esta forma me he expedido recientemente en el expediente **CUIJ N° 13-03848696-3/1 Fc/Torres Surget**: «...considero que no resulta controvertido afirmar la necesaria **identidad fáctica** que debe participar en cada una de las actos en que se construye y sustenta el proceso penal, y que precisamente viene a tutelar el principio de congruencia; es decir, la identidad entre el hecho oportunamente intimado, el hecho motivo de la acusación y el hecho motivo de la sentencia. Si ello no fuere así, se estaría violando el principio de congruencia y, con ello, la garantía de la defensa en juicio, al resultarle vedada al imputado la posibilidad de saber cuál es el hecho que se le atribuye, como así también de efectuar todos los descargos que estime pertinentes al modificarse la plataforma fáctica fijada en la sentencia. Al decir de VÉLEZ MARICONDE, "la sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio" (ob. cit., T. II, p. 234)», lo que en sub-lite ha ocurrido.

Determinado esto, corresponde desestimar por irrelevante, el error en la fecha de la operación consignada en la historia clínica, que señala el a quo.

También, rechazar que no se haya acreditado con certeza, la conducta de los encartados que produjo la muerte de la víctima.

Así, de autos surge que la anestesia raquídea mediante la cual se le introdujo a Del Barco en el espacio subaracnoideo la droga bupivacaína, provocó de inmediato su muerte, debiendo recordarse que Gassibe en la declaración que prestó ante el tribunal, reconoció que «...el doctor Arzuza había empezado o iba a empezar la anestesia con bupivacaína que es una ampolla diluida en 20 centímetros de solución fisiológica», derivando el inferior de esto y del conjunto de las probanzas rendidas, que ambos imputados sabían y consentían que la aplicación de este anestésico era imprescindible para poder llevar a cabo las dos operaciones que iban a realizar sobre la víctima (fundamentos, fs. 1265 vta./1266), tramo del acto médico para el que no estaban autorizados (aplicar anestesia raquídea) por no tener la especialidad, si

bien no se representaron que con ese actuar antirreglamentario e imprudente podían llegar a ocasionarle la muerte a la víctima.

También se debe desechar la crítica referida a que no hay una lesión en la espalda de la víctima.

En este sentido, dice la defensa que, «...para colocar la epidural por la raquídea hay que ingresar por el espacio entre la L3 o L4 de las vértebras que es el lugar donde se coloca usualmente, bueno no se detectó ninguna lesión ahí» (recurso, fs. 1304), prescindiendo en la formulación de este agravio de los dichos de la doctora Godoy durante el debate, y del estudio llevado a cabo por el anatomopatólogo, doctor Luque, que resultan coincidentes en el extremo que los impugnantes niegan.

De tal modo, y si bien esta médica no dejó constancia en la necropsia del lugar de donde extrajo la piel que le envió a dicho especialista, aclaró este punto en presencia de las partes, explicando que macroscópicamente no encontró punción por donde se insertara la droga, pero que «...a veces hay lesiones que hay que verlas con un microscopio, a simple vista...no se las puede detectar, entonces mandé esa muestra de piel de ese sector para que el anatómo patólogo lo analice y...él con la ayuda del microscopio sí pudo observar una lesión de continuidad donde...pudimos llegar a la conclusión de que esa fue la vía de administración de la droga» (fundamentos, fs. 1266 vta./1267).

En este estadio, se debe tener en cuenta que el a quo le confiere credibilidad a las respuestas que dio Godoy, en virtud de la inmediación propia de la audiencia oral, expresando que «...por su claridad y contundencia no dejan ninguna duda que Arzuza le inyectó la droga bupivacaína ingresando al canal raquídeo por entre las vértebras lumbares 3 y 4...» (fundamentos, fs. 1267 vta.), de donde se puede extraer que los dichos de los recurrentes en el sentido que no quedó un orificio o rastro de la punción en la espalda, soslayan estas pruebas concordantes y la impresión del magistrado a la que he aludido, negándole fiabilidad a la versión de Godoy.

Es más, arguyen que esa herida vital reciente que encontró el anatomopatólogo en el trozo de piel que le fue remitido, podría deberse a una herida de arma blanca, lo que sostienen sin más fundamento que su opinión personal, desentendiéndose del contexto de autos y de las probanzas reunidas, del mismo modo que tildan de sospechosa la actuación de esa profesional, porque «[...] no podemos dejar de preguntarnos si su declaración no ha sido influenciada por el Ministerio Público desde sus más altas esferas» (recurso, fs. 1306), lo que esgrimen sin adjuntar pruebas que avalen tan grave conjetura, evidenciando una mera discrepancia con el criterio valorativo del juzgador, que obstaculiza que el recurso prospere, según se ha dicho con antelación (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

El agravio esbozado sobre los insumos y aparatos que debía tener la clínica no será tratado, toda vez que el inferior reconoció que al respecto había una duda, que por imperio legal, debía beneficiar a los imputados.

Con relación a la habilitación del establecimiento, el a quo reseña que el 3 de setiembre de 2012, el doctor Arzuza en su calidad de propietario se presenta ante el Ministerio de Salud de la provincia con el fin de obtener la habilitación del consultorio médico que bajo la razón social Clínica Excellar iba a funcionar en

el inmueble de Pedro Molina 639 planta baja, departamento B de Ciudad, denunciando que orientaría sus actividades a la forma asistencial y sanitaria y enumerando que entre sus prestaciones figurarían el diagnóstico, tratamiento médico quirúrgico y rehabilitación, servicios que serían prestados con la modalidad de programada y espontánea, consultas médicas e intervenciones quirúrgicas menores ambulatorias o que demanden internación de menos de 6 horas, lo que dio origen al expediente 529 letra A, año 12, N° 77746 del Departamento de Habilitaciones de la Dirección de Recursos Físicos del Ministerio de Salud.

El jefe de dicho departamento, el 19 de julio de 2013 recomendó la habilitación del lugar como hospital de día, acompañando el proyecto de resolución donde se habilitaba el establecimiento por 3 años, habilitación que fue otorgada 3 días después de que allí falleciera Roberto del Barco, durante su internación para ser intervenido quirúrgicamente de liposucción y abdominoplastía, ocasión en la que no estaba presente ningún anestesista, ni otro técnico de esa especialidad, argumento que el recurrente no refuta, limitándose a afirmar que la clínica estaba debidamente habilitada porque había desde abril de 2013 una constancia de trámite final (recurso, fs. 1301).

O sea, reitera lo ya expuesto en sus alegatos (fundamentos, fs. 1210 vta./1211), modalidad que se verifica en otros tramos de este recurso (ver a modo de ejemplo, fs. 1222/1226), sin rebatir las razones que aporta el a quo en la sentencia, para rechazar los planteos efectuados en esa oportunidad procesal, defecto en la proposición de la impugnación que según se ha dicho con anterioridad, impide que sea acogida (L.S. 438-47, entre otros).

Corresponde desechar igualmente que los imputados no estuvieran legalmente obligados a contar con la presencia de un médico anesthesiologo para llevar a cabo los dos tipos de intervenciones quirúrgicas programadas, ya que ninguno de ellos tenía tal especialidad, y ha quedado probado que no fue anestesia local la que usaron en el caso ni la que requería la envergadura del acto médico pactado con la víctima.

El agravio forjado en torno a que el magistrado considera injustificadamente que sus pupilos trataron de sustraer de la acción de la justicia los objetos que podían comprometerlos, también debe ser rechazado.

Ello por cuanto aquél ha considerado una serie de circunstancias que contempladas conjuntamente, permiten vislumbrar que hubo algo más que una deficiente investigación como alega la defensa (recurso, fs. 1307 vta.), razonamiento que ésta no alcanza a desvirtuar cuando sostiene, por ejemplo, que el sobre en el que se leía el nombre de Mapfre, que un sujeto llevó a la clínica el día de la operación alrededor de las 20 horas, contendría la póliza de un automotor y no un documento relacionado con la fallida operación que se le iba a realizar a la víctima.

A esto se le suma que el mismo día, a las 21:20 horas aproximadamente, dos sujetos ajenos a la clínica, retiraron en bolsas de nylon diversos materiales (fundamentos, fs. 1243) y a las 23:50 horas, ya no había en dicho lugar envase o ampolla de la anestesia usada. También tiene en cuenta el juzgador a los mismos efectos, el arribo del letrado recurrente Martín Ríos, quien también cuestiona los horarios que dio la esposa de la víctima, sin más motivo que el transcurso de tres años desde la muerte de su cónyuge, lo que no constituye un factor decisivo para dudar de ello.

Resulta asimismo carente de relevancia, la descalificación que hace la defensa de la testimonial del doctor Beguier, a cuyas respuestas tilda de faltas de veracidad y objetividad, por el solo hecho de no compartir con él que la Asociación Mendocina de Anestesiología tenga otro cariz más que el gremial, así como el hecho que el doctor Nomberto haya expresado que la presencia de un anestesista no hubiera evitado la muerte de Del Barco, ante las probanzas reunidas.

En similar dirección, no importan vulneración del principio in dubio pro reo, dada su falta de trascendencia, la expresión del a quo en el sentido de que puede llegar a valorar desfavorablemente los comportamientos de los imputados, al momento de la selección de la pena (recurso, fs. 1318), toda vez que ésta se encuentra suficientemente motivada, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo.

En este sentido se ha dicho reiteradamente que para conllevar la extrema solución de la nulidad, los defectos del dictum deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94), lo que en la especie no ocurre, ni aún respecto de la penalidad aplicada.

De esta forma, el a quo estima que las conductas juzgadas son de una gravedad extrema, por lo que las ubica en el tercer tramo de la escala de gravedad continua, quedando acotada al segmento que va desde los 3 años y 6 meses de prisión que es el piso, hasta los 5 años, encontrando un solo atenuante, que es la falta de antecedentes de ambos médicos, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Cód. Penal, resultando de la totalidad del desarrollo hasta acá efectuado, que ha sido correctamente aplicado en el sub-lite, el artículo 84 del mismo cuerpo sustantivo.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Pedro J. Llorente adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

Voto Dr. Adaro. Coincide. Por su voto.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, por su voto, dijo:

No obstante que coincido con la solución a la que arriba el ministro preopinante, dejo constancia que me he expedido sobre el principio de congruencia en el expediente CUIJ: 13-03848696-3/1 Fc/ Torres Surget, adhiriendo al voto del doctor Omar A. Palermo, a cuyos términos en honor a la brevedad me remito.

ASI VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Leopoldo Antonio Martín Ríos y Alejandro Matías Aramayo en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1.297/1.328 por la defensa de Carlos Gustavo Arzuza Villegas y Carlos Elías Gassibe Zuazquita.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Leopoldo Antonio Martín Ríos y Alejandro Matías Aramayo en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

12- AGUERO. 23-04-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcAguero.pdf

Lex: Arts. 79 y 41 bis del CP. Art. 474 del CPP

Vox: Homicidio simple. Arma de fuego.

Summa:

El **TPC** condenó al imputado a la pena de **once años de prisión** como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 64, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Párrafos destacados:

«...[C]el recurso se estructura en torno a la **reedición**, en la instancia extraordinaria, de la estrategia defensiva consistente en valorar nuevamente los testimonios de los progenitores, del hermano de la víctima y del personal actuante».

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.

(E.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04401006-7/1((018601-76725)) F. C/ AGÜERO SILVA EMANUEL ITALO P/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (76725/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104480579*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04401006-7/1, caratulada "FC/ AGÜERO SILVA, EMANUEL ITALO S/CASACIÓN".

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

La defensa de Emanuel Agüero Silva interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 64 que condenó al nombrado a la pena de once años de prisión, con costas como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

La sentencia ha tenido por acreditado que el 2 de agosto de 2016, entre las 00:30 y las 00:40 horas en oportunidad en la que Lucas Lautaro Nahuel Astorga Luis se encontraba en dependencias de su domicilio sito en ruta 50 entre Rosario y Solis N° 6013, San Roque, Maipú, el ciudadano Emanuel Italo Agüero Silva, alias el "Gordo Emanuel", le efectuó entre seis y ocho disparos con arma de fuego; uno de ellos impactó en la víctima y que le provocó el fallecimiento por shock hipovolémico y hemorragia interna. Para así decidir, el tribunal valoró, entre otros elementos, las declaraciones testimoniales de Juana Patricia Luis Gallardo, de José Astorga, de Facundo José Oscar Astorga Luis, de María Isabel Chirino Palma, y demás prueba instrumental, entre ellas, el acta de procedimiento de fs. 16 y vta., el croquis de fs. 15, el informe de la Jefatura de Policía Científica y de División Balística Forense de fs. 70/71; y la necropsia de fs. 137/140.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 inc. 1 y 2 del C.P.P., por entender que la sentencia cuestionada adolece de vicios formales y sustantivos que la invalidan como tal. a. Arbitraria valoración de la prueba testimonial rendida en la audiencia de debate Indica el recurrente que se ha incurrido en una valoración parcial y arbitraria de las declaraciones testimoniales brindadas en el debate y señala que los testimonios de Juana Patricia Luis Gallardo, Facundo José Astorga Luis, de José Luis Astorga Escudero presentan un evidente contraste con el material probatorio incorporado; entre otros, con el acta de procedimiento de fs. 23/25, informe de la Unidad de Investigación Departamental, el informe de la necropsia de fs. 349/350 y vta. b. Arbitraria valoración de la prueba documental Por su parte la defensa, afirma que la valoración es arbitraria y no ajustada a las reglas de la sana crítica racional respecto de las pruebas documentales agregadas, falencia que puntualiza particularmente con relación a la notitia criminis (fs.1), el acta de procedimiento de fs. 23/25), el informe de necropsia (fs. 50), inspección ocular de fs. 877 e informe del CEO, entre otros.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 995/997 vta., el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio articulado. En ese orden considera que el juzgador valora todos los elementos como también las testimoniales prestadas en el debate y los dichos del acusado.

Agrega que si surgieron inconsistencias, éstas no poseen virtualidad para enervar la prueba de cargo, presentándose como ineficaces para evitar la imposición de una sanción por el injusto cometido, habiéndose fundado la sentencia en los hechos y en derecho, sin advertir la arbitrariedad ni falta de motivación que la defensa expresa.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

En primer lugar destaco que la sentencia cuestionada luce debidamente motivada conforme a las reglas de la sana crítica racional y conforme posición reiterada de este tribunal encuentro que la motivación cumple ampliamente con los requisitos exigidos por esta Sala para su validez, ya que es expresa, clara, completa y lógica (L.S. 344-170, 349-14, entre otros), habiendo efectuado el juzgador un análisis integral y coherente de los elementos de prueba relevantes, tales como las testimoniales de las personas involucradas en el hecho, testigos presenciales y ocasionales, de cargo y de descargo, como también la defensa material efectuada por el acusado a través de sus declaraciones en audiencia de debate. En segundo lugar, la afirmación sostenida por el recurrente de que el material probatorio ha sido erróneamente valorado, no constituye más que una mera disconformidad con la valoración efectuada por el Tribunal de Juicio, por resultar adversa a los intereses de su defendido y en razón de ello, dicho agravio no puede prosperar.

Ello en tanto no ha logrado rebatir la fundamentación de la sentencia que cuestiona. En aras de cumplir con la labor de control instada a través del recurso de casación encuentro que el fallo resistido ha tenido acreditada la existencia histórica del suceso en el que perdió la vida Lucas Astorga Luis, y que fue el imputado Agüero Silva quién efectuó los disparos que provocaron la muerte de la víctima el día 2 de agosto de 2016, a causa de un shock hipovolémico y hemorragia interna. Para así concluir el tribunal ha contado con elementos probatorios que acreditaron debidamente los siguientes extremos: a) Que la noche del suceso aquí investigado la víctima se encontraba afuera de su domicilio y que una motocicleta pasó en reiteradas ocasiones y, en una de ellas, efectuó disparos, alcanzando uno de los proyectiles a la humanidad de Lucas Astorga Luis.

Que la madre, Juana Luis, momentos previos a los impactos escuchó pasar el ciclomotor por su vivienda y pudo ver al imputado en la moto disparar; al salir al encuentro de su hijo, éste le manifestó que quién había disparado había sido Emanuel Agüero Silva. Su padre, José Astorga, confirmó la versión de su esposa, Juana Luis. Esta testigo, a juicio del a quo, resultó coherente y su relato apareció creíble. Ello en tanto manifestó haber visto al imputado cuando disparaba a su hijo Lucas y que ella pudo ver bien al imputado que se desplazaba en una moto que antes del disparo, pasó varias veces. Por otra parte, debe señalarse que el tribunal pudo constatar, a través de la realización de una inspección ocular, que es materialmente posible que la testigo haya visto al imputado por el agujero alargado de la puerta de madera de la habitación en la que duerme Juana Luis (fs.931). Corresponde destacar que desde el comienzo de la investigación, Juana Luis (según surge del acta de fs. 23 y lo manifestado por la oficial Cintia Fernández) dijo que el autor del hecho había sido Emanuel Agüero e, informó también que entre el

imputado y la víctima existían problemas, ello pues Agüero se dedicaba a la venta de estupefacientes. Incluso señaló que había “metido” a su otro hijo Facundo en el negocio y que en una oportunidad le había quemado la cara, y más aún, «se había quedado con la mujer de Facundo». En esta misma línea el esposo de Juana Luis, José Astorga, resultó conteste con lo afirmado por la madre de la víctima y contó que su hijo ya herido, al ingresar a la vivienda la noche del hecho, le manifestó que quién había disparado había sido el imputado. Los testimonios de Juana Luis y de José Astorga se vieron corroborados por prueba objetiva, lo que le permitió al juzgador destacar su credibilidad al afirmar que aquéllos fueron «los únicos que han resultado creíbles».

En este sentido, debe señalarse que personal de Policía Científica constató la existencia de al menos dos disparos y manchas de sangre en el lugar, lo que corrobora lo afirmado por Juana Luis. Por su parte, la necropsia da cuenta que el cadáver de Lucas Astorga presentaba orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de 1,5 x 0,5 cm en línea axilar anterior derecha a 1,5 por debajo del pliegue axilar. La ausencia de tatuaje y ahumamiento indica que el disparo se produjo a una distancia mayor a 50-60 cm, y que la trayectoria fue de adelante hacia atrás y de arriba hacia abajo en el mismo plano sagital.

En este orden y atento al planteamiento efectuado por el defensor, respecto del informe de necropsia, encuentro que no existe contradicción alguna como sostiene el quejoso al afirmar que «el proyectil debió haber tenido una trayectoria inversa».

Conviene destacar que el juez no tuvo por probado que la víctima se encontraba parado sobre la pared, pero aún en el hipotético caso que así hubiera sido, el a quo sostuvo que la perspectiva dinámica del suceso permitió ser constatada con el informe de la necropsia y que es muy posible que la víctima al advertir la presencia del Agüero Silva, haya saltado del lugar o bien se desplazó para evitar el impacto de los disparos, y de allí el alcance y el sentido del informe cuestionado.

Por ello, el juzgador concluyó que «cualquier conducta que pusiera el cuerpo en movimiento obviamente siempre con anterioridad al impacto modifica la forma en que el proyectil ingresa al mismo». Hasta aquí no advierto razón al recurrente en la expresión de sus agravios, pues a más de lo que llevo dicho hasta aquí encuentro que el juez tuvo en cuenta las contradicciones en el testimonio de Juana Luis, así lo relativo al ruido del escape de la moto o si Agüero iba o no solo cuando efectuó los disparos son datos carecen de la relevancia que pretende el quejoso. Esto en tanto las variaciones no son decisivas ni comprometen la veracidad de los relatos en los puntos centrales vinculados al hecho sucedido.

Así el juzgador indicó que «esas inconsistencias no modifican lo nuclear de su declaración..la testigo Luis fue amenazada la lógica y la experiencia nos indican que quién se anima a declarar pese a correr riesgos lo hace sólo para decir a verdad». Por otro lado, el juzgador consideró que la testigo Juana Luis resultó “objetiva” pues informó al tribunal los problemas existentes entre la víctima y el imputado y, de manera general, se mantuvo constante en sus dichos desde el comienzo de la investigación.

A su vez el a quo consideró el testimonio de Facundo Astorga y, dio las razones por las que valoró como relevante lo relativo a sus primeras manifestaciones; esto es que quién había disparado la noche del hecho había sido Agüero Silva.

Ahora bien este testigo, luego por diversas circunstancias varió su declaración y a criterio del juzgador, por ende su credibilidad se vio menguada luego en el debate. Allí el testigo resultó contradictorio al variar sus dichos de manera sensible, lo que puso de resalto tener un trato con el padre del imputado para desvincular a Agüero, lo que quedó en evidencia al escucharse un archivo de audio ofrecido como prueba nueva por la defensa.

En otro orden y para el juzgador, acertadamente a mi modo de ver, la versión del imputado quedó desdibujada y sin sustento en las probanzas rendidas, porque todas aquellas personas que, según su descargo, estuvieron esa noche en su casa comiendo un asado, no lograron sostener el relato del imputado.

Al respecto, el a quo puso de resalto que no existió concordancia en los dichos de los testigos respecto de los horarios, las personas que estaban en el lugar, y la actitud de Agüero cuando llegó la policía.

El tribunal analizó a esos testigos de descargo, y por ejemplo consideró mendaz el relato de Ester Silva, circunstancia que quedó en evidencia, a modo de ejemplo cuando se le preguntó por la motocicleta secuestrada en su vivienda y que manifestó que ella era quién utilizaba la moto sin embargo, no pudo explicar cómo se ponía en funcionamiento exactamente (fs. 936).

Por su parte, el a quo descreyó de los testimonios Estela Ríos, de Rodrigo Agüero y de Maximiliano Pizarro en tanto aseguraron que la única persona que manejaba la moto era Ester Silva. En ese mismo sentido, el tribunal advirtió una serie de divergencias importantes en las testimoniales, relativas a los horarios, las personas que se encontraban presentes en el lugar, quiénes se fueron antes y después y en relación a la conducta del imputado cuando llegó la Policía.

En conclusión, entiendo haber demostrado que el recurso de casación interpuesto constituye un mero disenso de la defensa técnica en relación a la labor llevada a cabo por el juzgador, sin que sus consideraciones encuentren sustento en las constancias de la causa. A la vez, puedo afirmar que la motivación de la sentencia emerge en un todo acorde a las reglas legales pertinentes.

Esta circunstancia me permite compartir el dictamen del señor Procurador cuando sostiene que el recurso se estructura en torno a la reedición, en la instancia extraordinaria, de la estrategia defensiva consistente en valorar nuevamente los testimonios de los progenitores, del hermano de la víctima y del personal actuante.

En lo particular, tanto la madre, el padre como el hermano de la víctima señalaron a Agüero como el autor de los disparos y que si bien existieron ciertas fisuras en las testimoniales no por ello resultaron desechables la totalidad del testimonio.

Por tales razones, y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASI VOTO.

Voto Dres. Adaro y Llorente. Adhieren.

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

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

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Lucas Lecour y Francisco Machuca, en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs, 962/968 vta., por la defensa de Emanuel Italo Agüero Silva.
- 2.- Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Lucas Lecour y Francisco Machuca, en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones a origen.

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

13- MONTSENY FERNANDEZ. 23-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	418

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcMFR.pdf

Lex: Art. 84, último párrafo del CP. Art. 418, 419, 429, 72, 474 del CPP. Art. 75 inc. 22° de la CN. Art. 10 DUDH. Art. 8 CADH. Art. 14 PIDCy P.

Vox: Homicidio culposo. Inhabilitación especial para conducir. Imputación a la víctima o Competencia de la víctima. Imputación objetiva. Culpa concurrente. Culpa inconsciente. Culpabilidad. Prohibición de doble valoración. JAF. Garantía de imparcialidad.

Summa:

El TPC condenó a Rodrigo Montseny a **cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años** como responsable del delito de homicidio culposo agravado (art. 84, último párrafo, C.P.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: a) vulneración de reglas de juicio abreviado, b) violación de garantía de juez imparcial y c) la determinación de la pena.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 7.193, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Lucero González 05-09-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

b- CSJN

- Llerena, Horacio Luis. 17-05-05

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5841071>

Doctrina citada

Alvarado Velloso, Adolfo, “Lecciones de Derecho Procesal”, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Rosario, 2011, pp. 96/97.

Parágrafos destacados:

“...De este modo, es lógico pensar que quien cuenta con tres años de **experiencia** en la conducción de automotores haya tenido la oportunidad de internalizar las reglas teórico-prácticas que rigen este ámbito de interacción –en mayor medida que, por ejemplo, un conductor novato al que le fue otorgado su permiso el mismo día de los hechos– y así, motivarse más fácilmente para el seguimiento de las normas de tránsito. Todo lo cual, repercute en el nivel de la culpabilidad y, de manera directamente proporcional, en la necesidad de pena a concretarse en la determinación de su quantum...”

“...la **no existencia de un acuerdo perfecto** al que subyazca el consentimiento de ambas partes no obsta a que el tribunal de juicio pueda verse **contaminado** en sus valoraciones al tomar conocimiento de que

las partes se encuentran en un estadio avanzado de negociación. En efecto, en la audiencia reseñada se llevó adelante un intercambio de intenciones entre la defensa, el acusado y la fiscalía que implicó un grado de reconocimiento de la responsabilidad que debió justificar el apartamiento de la causa de los magistrados sentenciantes, tal cual solicitó oportunamente la defensa al momento de recusar al tribunal...”

“...la instrumentalización de una persona al imponerse la pena sólo puede evitarse si se la castiga hasta el límite del hecho por él cometido y nada más; imposición derivada del **principio de culpabilidad** que orienta al Derecho penal liberal y, más específicamente, de la obligación de respetar la dignidad humana...”

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

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04381353-0/1((018601-69241)) F. Y QUER. PART. C/ MONTSENY FERNANDEZ RODRIGO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (69241/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104459664*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04381353-0/1, caratulada "F. C/ MONTSENY FERNÁNDEZ, RODRIGO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO".

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

La defensa técnica de Rodrigo Montseny interpone recurso de casación (fs. 1152/1164) contra la resolución de f. 1103 mediante la cual la entonces Cuarta Cámara del Crimen rechazó la recusación del tribunal interpuesta por la defensa. También casa la Sentencia N° 7.193 (f. 1115) y sus fundamentos, mediante la cual la entonces Tercera Cámara del Crimen condenó al nombrado a cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años como responsable del delito de homicidio culposo agravado (art. 84, último párrafo, C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

Resolución de fs. 1103: La entonces **Cuarta Cámara del Crimen** confirmó el rechazo de la recusación planteada por la defensa, con base en que el tribunal de juicio no conoció sobre el fondo de la cuestión, en tanto nunca se alcanzó a conformar el acuerdo necesario para la aplicación del **procedimiento de juicio abreviado**.

Sentencia de fs. 1115 y fundamentos: los magistrados intervinientes tuvieron por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que para fecha 07 de junio de 2015, siendo la hora 07:00 aproximadamente, Rodrigo Montseny circulaba al mando de un vehículo marca Peugeot, modelo 2017, dominio JUO-766, con un grado de intoxicación alcohólica de al menos 0,7 g/L en sangre, desplazándose a una velocidad estimada de entre 60 y 100 km/h por calle Las Cañas, de Dorrego, departamento de Guaymallén, en dirección sur a norte. En ese momento, colisionó con un vehículo marca Volkswagen, modelo Gol, dominio HYF-640 que circulaba por calle Adolfo Calle en dirección este a oeste,

conducido por Sergio Adrián Derlich en compañía de Martín Adrián Capelli. Impacto que causó la muerte de estos últimos.

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales recibidas durante la audiencia de debate; el descargo del imputado; las actas de dosaje de alcohol; las declaraciones prestadas durante la instrucción de la causa; las declaraciones incorporadas por lectura con la conformidad de las partes; el acta de procedimiento, aprehensión y secuestro; las constancias de comunicación telefónica; los informes de policía científica; la necropsia y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Rodrigo Montseny considera que las resoluciones referidas padecen vicios in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito. En concreto, expresa:

a) Rechazo de la recusación del tribunal (Resolución de fs. 1103)

i.- Vulneración de las reglas que rigen el procedimiento de juicio abreviado

Refiere el recurrente que inicialmente se convino la aplicación del procedimiento de juicio abreviado. Sin embargo, abierta la audiencia y formulada la acusación, el Ministerio Público Fiscal solicitó que la pena se cumpliera en la Penitenciaría provincial, mientras que la defensa se opuso a ello para que el acusado continuara amparado por el régimen de la **prisión domiciliaria**. Esta discrepancia condujo a que el Fiscal de Cámara retirara su consentimiento, lo cual agravia al recurrente al implicar una infracción de las reglas procesales y un desconocimiento del “pacto de caballeros” que subyace al procedimiento mencionado.

ii.- Violación del derecho a un juez imparcial

Fracasado el acuerdo para la realización del procedimiento de juicio abreviado, la defensa recusó a los jueces intervinientes por entender que se encontraban condicionados y contaminados por la aceptación del imputado de su responsabilidad penal. Dicho esto, el rechazo de la recusación, tanto por el tribunal de juicio como por la entonces Cuarta Cámara del Crimen en instancia de apelación, agravia al quejoso con base en la garantía de juez imparcial (cita jurisprudencia y tratados internacionales).

b) Cuestionamiento de la determinación del quantum de la pena (Sentencia de fs. 1115)

El recurrente advierte que el monto de la pena de prisión e inhabilitación determinado por el tribunal de juicio es excesivo. Con cita a doctrina, explica que el juzgador ha considerado el hecho como grave al penarlo con el máximo de la pena de inhabilitación y casi el máximo de la pena de prisión. En contra de ello, postula que:

b. i.- El juzgador al valorar como circunstancia agravante la muerte de dos personas viola el principio ne bis in idem. Ello en tanto, la figura imputada –art. 84, 2 párr. C.P.– agrava el homicidio culposo cuando

fueran más de una las víctimas fatales, no pudiendo reiterar la valoración de la condición que habilita la aplicación de la figura agravada a los fines de la determinación de la pena.

b. ii.- La experiencia de Montseny como conductor de automotores sería escasa, en contra del temperamento del tribunal de juicio, según el cual, no se trataría de una persona nueva en la práctica. La defensa señala que esta circunstancia como agravante es endeble, pues, tres años de experiencia no es un periodo lo suficientemente prolongado.

b. iii.- El tribunal de juicio omitió considerar una serie de circunstancias atenuantes planteadas por la defensa al momento de los alegatos. Por un lado, no habría valorado que el accidente fue cocausado por la imprudencia de la víctima que conducía en estado de ebriedad, por el medio de la calzada, sin la luz baja delantera izquierda y sin realizar una maniobra precautoria frente a los semáforos con luz amarilla intermitente. De este modo, afirma que existiría una culpa concurrente en relación con la producción del siniestro, y así, el ilícito y la culpabilidad de su defendido serían menores. En relación con el acompañante, pone de relieve que se encontraba bajo los efectos de estupefacientes, no llevaba el cinturón de seguridad y no se encontraba debidamente sentado.

b. iv.- Los jueces sentenciantes omitieron analizar el grado de culpa inconsciente alegado por los letrados defensores, el cual sería menos grave que el de la culpa consciente y, por ende, ameritaría una menor pena. Cita, a favor de su postura, doctrina y jurisprudencia.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.

En relación con el rechazo de la recusación del tribunal de juicio, advierte que la resolución impugnada no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición del recurso de casación, conforme el principio de taxatividad legal del art. 475 en función de los arts. 476 y 477 del C.P.P.

Por su parte, en lo relativo al cuestionamiento de la validez de la sentencia, pone de relieve que el a quo no se limita a una mera referencia formal a las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 del C.P., sino que analiza en particular la situación del condenado. Teniendo presente esto, y después de referir los aspectos centrales de la determinación de la pena llevada adelante por el tribunal de juicio, concluye que la pena impuesta no aparece como desproporcionada.

Finalmente, agrega que, si bien se intentó alcanzar un acuerdo para realizar un procedimiento de juicio abreviado, en el que la pena a imponer hubiera sido de cuatro años de prisión, esta es una etapa precluida. De modo que el fiscal en el debate oral pudo observar y valerse de otros elementos que le permitieron evaluar la pena a solicitar. Una pena requerida de cinco años, que no fue la aplicada por el tribunal, un argumento más a favor de la inexistencia de influencia o parcialidad en el proceder de los jueces.

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

a) Rechazo de la recusación del tribunal

i.- Vulneración de las reglas que rigen el procedimiento abreviado

El recurrente inicia el desarrollo de su exposición atacando la actuación del representante del Ministerio Público Fiscal en la tramitación del procedimiento de juicio abreviado. En concreto, objeta que, una vez abierta la audiencia y formulada la acusación, el Fiscal requirió una modalidad de cumplimiento de la pena –de ejecución efectiva– que no formaba parte del acuerdo originario. Esto implicaría, según el quejoso, una violación del “pacto de caballeros” en el que se basa la aplicación del procedimiento mencionado.

En consecuencia, debe analizarse si en el caso concreto se vulneró la normativa que rige el instituto del juicio abreviado o, por el contrario, el tribunal de juicio actuó conforme la ley. Para responder a este interrogante es necesario recordar, en primer término, cuál fue el devenir de la audiencia que diera origen al cuestionamiento que en esta instancia se analiza y, en segundo término, cuáles son las prescripciones contenidas en el C.P.P. en el capítulo II, del título 2 del C.P.P. relativo a los procedimientos especiales.

Compulsado el soporte audiovisual pertinente se advierte que, una vez que el representante del Ministerio Público Fiscal tomó la palabra, dio cuenta de que se había alcanzado un acuerdo con la defensa al efecto de proceder a la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, conviniendo una pena de cuatro años de prisión. Sin embargo, debido al monto de la pena fijada, el Fiscal de juicio solicitó la detención efectiva en penitenciaría en forma inmediata y el examen del imputado por el Cuerpo Médico Forense y por personal penitenciario hasta tanto se tramitara la libertad condicional, dado que Montseny se encontraba hasta el momento en prisión preventiva domiciliaria. Acto seguido, la defensa advirtió que, a pesar de que se había convenido el monto de la pena, el pedido del Ministerio Público Fiscal antes señalado no formaba parte del acuerdo original y agregó que no deseaba que este tribunal perdiera jurisdicción frente a un juez de ejecución. Todo ello, en tanto no habrían existido, según la defensa, elementos que hicieran variar la situación Montseny en relación con la modalidad domiciliaria de la medida de coerción.

En consecuencia, al ser preguntado el imputado por el tribunal de juicio si aceptaba o no los hechos narrados en el requerimiento de elevación a juicio, así como los términos y alcance del juicio abreviado, éste expresó que «voy a aceptar siempre y cuando se cumplan las condiciones que dijo el abogado defensor mío, si no, no»; momento en el que el Fiscal le advirtió que no podía condicionar al Ministerio Público Fiscal, por lo que no prestó su consentimiento.

Luego de un cuarto intermedio realizado por el Tribunal, se reanudó la audiencia y el señor Presidente explicó que entendía que no se había alcanzado un acuerdo de juicio abreviado, por lo que resolvió continuar con la **causa según su estado y declaró abierto el debate**. Notificadas las partes, la defensa solicitó la palabra y recusó al tribunal, en tanto este habría conocido sobre el fondo de la cuestión pues, habría existido una aceptación en cuanto a la condena, lo que implica un conocimiento sobre el fondo.

Corrida la vista al Ministerio Público Fiscal, su representante expresó que el pedido de recusación era improcedente en tanto no se había calificado en qué supuesto encuadraba la situación y solicitó el rechazo in limine. Finalmente, el tribunal de juicio rechazó la recusación y dispuso la formación de un incidente que fue resuelto por la entonces Cuarta Cámara del Crimen.

Sentado lo anterior, cabe decir que los arts. 418 y 419 C.P.P. establecen como requisitos para la procedencia del juicio abreviado final, entre otros, que el **imputado admita la imputación atribuida y el Ministerio Público Fiscal preste su conformidad**. Ahora bien, compulsadas las presentes actuaciones y dado el devenir de la audiencia, se advierte que ninguna de estos dos requisitos se vieron cumplidos, en tanto, existió una controversia entre el representante del Ministerio Público Fiscal, la defensa y el acusado en relación con la situación de coerción de este último.

Controversia en la que, dado el monto de la pena acordada –cuatro años de prisión– y la inexistencia de causales que justificaran la modalidad de ejecución domiciliaria, hacen completamente razonable al pedido del fiscal relativo a que Montseny cumpliera la condena en un establecimiento penitenciario.

En conclusión, compulsadas las presentes actuaciones y con base en lo prescripto por los arts. 418 y 419 C.P.P. entiendo que no le asiste razón a la defensa cuando cuestiona al fiscal interviniente en la tramitación del procedimiento de juicio abreviado. En efecto, el fracaso de la aplicación de tal instituto se debe a las contingencias propias de la formación del consentimiento que deben otorgar las partes en estos casos.

ii.- Violación de la garantía a un juez imparcial

En atención a lo expuesto, teniendo en cuenta el fracaso del acuerdo necesario para la tramitación del procedimiento de juicio abreviado y, que uno de los agravios traídos a estudio de este tribunal por el recurrente pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial (art. 18 de la C.N.), a continuación, se verificará la corrección de la actuación del tribunal de juicio, específicamente frente a lo que sería una lesión de la garantía procesal de imparcialidad del órgano jurisdiccional.

Como ya ha tenido oportunidad de manifestar esta Sala en “Lucero González” (cuij: 13-04110808-2/1), en primer lugar, cabe decir que el **principio de imparcialidad del juzgador** se trata de una garantía del justiciable que aparece mencionada en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.).

Así, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».

Del mismo modo, el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reza: «Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas».

A su vez, el apartado 1° del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley».

Finalmente, el apartado 1° del artículo 14° Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: «Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella».

En línea con los textos internacionales señalados, lo reconoce de esta manera nuestro Címero Tribunal en el **precedente “Llerena, Horacio Luis” (fallos 328:1491)**, a raíz de la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que declaró la competencia del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires para seguir interviniendo –a pesar de haberla instruido– en la causa seguida contra Llerena, en orden a la presunta comisión de los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego y abuso de armas, ambos en concurso real. La C.S.J.N. entendió que el recurrente fundó su planteo en el temor o sospecha de parcialidad de la juez interviniente ya que ejerció funciones instructorias que pudieron haber afectado objetivamente su ajenidad con el caso.

En este fallo, luego de precisar que la garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en los que se apoya el sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio, la CSJN describió la imparcialidad del juzgador como «la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia». Agregando que, si bien podría argumentarse que esta ausencia de prejuicios, por lo menos con respecto a la materia, nunca sería absoluta, por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no obsta que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de éste frente a la cuestión que deba resolver.

Se afirma en el precedente de referencia que «la opinión dominante en esta materia establece que la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho de que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento, para preservar la confianza de los ciudadanos –y sobre todo del imputado– en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático» (considerando N° 13).

Con lo cual, y sin necesidad de un abordaje que exceda el núcleo de la cuestión, sabemos que un tribunal que sustancie una cuestión penal debe ser imparcial. Ahora bien, tanto el contenido y los límites de esta garantía, como también las consecuencias que puede suponer su violación, deben ser precisados a través del sistema normativo procesal vigente.

Sabido es que la adopción de un modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio adversarial por el legislador local, trae por consecuencia que la contienda judicial se enmarque dentro de un complejo sistema de confrontación que se suscita, en principio, entre dos sujetos procesales naturalmente

desiguales, quienes discuten pacíficamente en una relación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

En tal esquema, con relación al rol que asume el juez dentro del proceso, bien se tiene dicho que estamos ante «un tercero que, como tal es imparcial (no parte), imparcial (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores. Por lo tanto, el juez es persona distinta de la del acusador» (Alvarado Velloso, Adolfo, “Lecciones de Derecho Procesal”, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Rosario, 2011, pp. 96/97).

En esta línea se enmarca nuestro Código Procesal Penal, en cuanto dispone que el juez deberá inhibirse de conocer en la causa «1) Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado» (art. 72 segundo párrafo C.P.P.).

Referida la arquitectura normativa sobre la que se erige el derecho a un juez imparcial del que es titular todo imputado, ha de concretarse a los efectos de resolver el caso sometido a decisión.

En primer lugar, y sin necesidad de relatar nuevamente el devenir del trámite del proceso en el que fracasara el acuerdo necesario para la aplicación del procedimiento de juicio abreviado, entiendo, en línea con lo expresado por la entonces Cuarta Cámara del Crimen, que en el caso de autos no concurre la causal de recusación establecida en el art. 72, segundo párrafo C.P.P.

En efecto, una de las claves para resolver el planteo de la defensa se encuentra en el tenor literal del artículo citado, pues este prescribe el apartamiento cuando el juez hubiera pronunciado sentencia, concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado. Supuestos que, una vez compulsadas las constancias obrantes en la causa, no se advierten.

Como referí anteriormente, el juicio abreviado presupone un acuerdo entre las partes, al que subyace el consentimiento prestado por cada una de ellas para alcanzar el resultado final en cuanto a la aplicación de este procedimiento especial. Si aquel no se alcanza, ya sea porque no se acordó el monto de la pena a imponer o existió una discordancia en cuanto a la modalidad de su ejecución –tal como sucede en el presente caso– los jueces que no fueron llamados a homologar el acuerdo en consecuencia no se encontrarán impedidos de intervenir y, de este modo, quedará a salvo la garantía de imparcialidad.

La otra clave para contestar al agravio de la defensa reside en el precepto contenido en el artículo 420 C.P.P. dirigido al tribunal de juicio en las hipótesis en las que se tramite un juicio abreviado, que le prescribe dictar sentencia en caso de que acepte la procedencia del instituto u ordenar el reenvío, en caso de que lo rechace. Sólo en este caso, se encuentra en juego la garantía a un juez imparcial, pues es cuando el magistrado sentenciante ha conocido sobre el fondo de la cuestión, existiendo una admisión de responsabilidad por parte del imputado y un rechazo del procedimiento abreviado.

Sin embargo, como bien pone de relieve la entonces Cuarta Cámara del Crimen, en ningún momento el tribunal de juicio entró al fondo de la cuestión ni rechazó la procedencia del juicio abreviado. Circunstancias que no lo involucran ni contaminan en relación con la realización subsiguiente del juicio ordinario y, por ende, validan el razonamiento que subyace a la resolución que la defensa aquí cuestiona. En consecuencia, considero que no existe vicio invalidante que atente contra la garantía del juez imparcial, en tanto el tribunal interviniente se ha mantenido extramuros del acuerdo al no haberse alcanzado el mismo. Todo ello, pues, en el caso concreto, ni el imputado ni el representante del Ministerio Público Fiscal prestaron consentimiento para su tramitación.

Con base en estas consideraciones, entiendo que este tramo del recurso defensivo también debe ser rechazado.

b) Cuestionamiento de la determinación del quantum de la pena

En segundo término, el quejoso critica la determinación de la pena realizada por el tribunal de juicio. A favor de su punto de vista brinda cuatro argumentos, que analizaré en detalle a continuación.

b. i.- Inicialmente, advierte una violación de la **garantía de la prohibición de doble valoración**, pues el tribunal de juicio al determinar el monto de la pena consideró que el hecho tuvo dos víctimas fatales, hipótesis contemplada ya antes en la figura agravada del art. 84, segundo párrafo del C.P.

Naturalmente, existen buenas razones de lógica jurídica para vedarle al juzgador el incorporar en la determinación de la pena circunstancias que el legislador ha considerado al establecer un tipo penal y que constituyen el fundamento del injusto, en este caso, agravado por el número de víctimas fatales. Ahora bien, cuando la defensa advierte que el tribunal de juicio habría caído en este error, lo hace con base en una interpretación parcial de la sentencia, específicamente en relación con el sentido del párrafo en el que se hace referencia a la extensión del daño causado.

A los efectos de una mejor interpretación, transcribo literalmente el texto de la sentencia, en cuanto a lo que ahora interesa: “En orden a las circunstancias objetivas debe considerarse como agravante la extensión del daño causado, concretamente Montseny con su conducta ocasionó la muerte de dos personas jóvenes (Derlich tenía 26 años y Capelli 22 años de edad), quienes vieron frustrada su expectativa de vida, viéndose afectados además los miembros de sus respectivas familias, en términos de daño psicológico” (f. 1135)

En rigor, el tribunal de sentencia no considera como circunstancia objetiva agravante a la causación de dos víctimas fatales, sino a su edad y la frustración de la expectativa de vida, la cual también afectó a sus familias en términos de daño psicológico. Este es el verdadero sentido del párrafo que el recurrente objeta y, por ello, no puede coincidir con su visión de los hechos en orden a la violación del principio de prohibición de doble valoración.

Con base en lo anterior, estimo que la crítica defensiva no puede prosperar, en tanto la sentencia al momento de la individualización de la pena no valora dos veces el número de víctimas fatales que agrava el homicidio culposo en el segundo párrafo del art. 84 C.P., sino que hace referencia a ellas para ponderar

la magnitud del daño que ocasionó a las propias víctimas en relación con sus proyectos de vida –debido a sus escasas edades– y a la repercusión psicológica que los decesos significaron para sus familias. Por lo tanto, el primer tramo del cuestionamiento defensivo a la determinación de la pena llevada a cabo por el tribunal de juicio debe ser rechazado.

b. ii.- En segundo lugar, el quejoso cuestiona que el tribunal sentenciante haya valorado como circunstancia agravante que Montseny no era una persona nueva en la práctica del manejo de automotores.

Al momento de los hechos el condenado tenía aproximadamente tres años en la conducción de automóviles. Esta circunstancia fue considerada por el tribunal de juicio al momento de la determinación de la pena como circunstancia agravante, mientras que, la defensa, en sentido contrario, considera que se trata de un periodo de tiempo corto que revela su inexperiencia y, en consecuencia, disminuye su culpabilidad.

Sin embargo, en este punto, también advierto que el razonamiento del tribunal de juicio se encuentra debidamente fundamentado. En efecto, el estándar que debe respetar un conductor en el tránsito vial se encuentra satisfecho desde el momento en el que le es otorgada su licencia de manejo de vehículos y, todo el tiempo posterior en el que este se haya encontrado habilitado a conducir, debe ser interpretado como una instancia posterior de asimilación de la norma como producto de su experiencia individual, que la reafirma como directiva de conducta.

De este modo, es lógico pensar que quien cuenta con tres años de experiencia en la conducción de automotores haya tenido la oportunidad de internalizar las reglas teórico-prácticas que rigen este ámbito de interacción –en mayor medida que, por ejemplo, un conductor novato al que le fue otorgado su permiso el mismo día de los hechos– y así, motivarse más fácilmente para el seguimiento de las normas de tránsito. Todo lo cual, repercute en el nivel de la culpabilidad y, de manera directamente proporcional, en la necesidad de pena a concretarse en la determinación de su quantum.

En consecuencia, este segundo punto de agravio debe ser desestimado. El juez interviniente ha considerado adecuadamente los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 C.P a los fines de la determinación de la pena, y su explicación se encuentra sólidamente fundamentada en las constancias obrantes en la causa. A partir de ellas, ha distinguido circunstancias agravantes objetivas –relativas a la extensión del daño– y subjetivas –respecto a la experiencia del autor del hecho–; así como circunstancias atenuantes, tales como la juventud del encausado y la ausencia de antecedentes penales.

b. iii.- Sumado a lo anterior, la impugnación defensiva postula que el juez ha omitido considerar que de las constancias obrantes en la causa se desprende que nos encontraríamos frente a un caso de concurrencia de culpas. En este sentido, argumenta que las víctimas al momento del siniestro estaban alcoholizadas –y el acompañante había consumido estupefacientes–. Sugiere, además, que, si Derlich y Capelli hubiesen disminuido la velocidad o viajado con el cinturón de seguridad, la muerte no se habría producido.

Con todo, este planteo no se encuentra construido con base en las constancias obrantes en la causa. En efecto, las pericias determinaron que la causa eficiente del siniestro fue la excesiva velocidad a la que se desplazaba Montseny –la cual superaba por mucho la exigida por la reglamentación vial–, circunstancia que se vio agravada por la conducción del rodado bajo los efectos del alcohol.

El accidente que causó la muerte de las víctimas se produjo en una intersección en la que había semáforos con luz intermitente hacia ambos lados, la cual fue traspasada por el acusado a una velocidad aproximada de entre 60 y 107 km/h. A su vez, Montseny se desplazaba por la izquierda y con una alcoholización leve de 0.744 g/l, conforme el análisis retrospectivo en relación con la metabolización de la sustancia en sangre al momento del accidente.

De este modo, no quedan dudas de que el acusado violó diversos deberes de cuidado propios de la conducción de automotores, tanto en lo que respecta a la velocidad a la que se desplazaba, su no disminución al ingresar a la bocacalle con semáforos intermitentes, así como en relación con su intoxicación alcohólica. Pero no solo se trata de la creación de un peligro prohibido que avanza sobre los límites establecidos por la Ley Provincial 6082, sino que, a su vez, el resultado fatal del siniestro se explica por su comportamiento peligroso.

En este sentido, el tribunal de juicio entendió que «las infracciones mencionadas supusieron en el caso concreto la violación de un deber de cuidado, o en términos de imputación objetiva, la creación de un riesgo no permitido jurídicamente desaprobado. Pero además, en el caso concreto se verificó que el resultado, las muertes de Capelli y Derlich, fueron la concreción de dicho riesgo, vale decir, su consecuencia directa. En otras palabras, si Montseny no hubiese violado el deber de cuidado, el resultado no se hubiese producido, por lo tanto, la realización del riesgo jurídicamente desaprobado fue determinante del resultado. El propio imputado reconoció esa relación cuando afirmó que ‘evidentemente no llevaba velocidad adecuada para doblar, sino no se hubiera producido el accidente’” (fs. 134 vta.).

Dicho lo anterior, entiendo que es jurídicamente irrelevante que los dosajes de sangre de las víctimas hayan arrojado niveles de alcohol en sangre para conductor y acompañante y, positivo para cocaína, en el caso del segundo. Estas circunstancias individuales no modifican el juicio de atribución de responsabilidad llevado a cabo por el juez sentenciante, ni penetran los factores objetivos y subjetivos ponderados al momento de la determinación de la pena.

Asimismo, entiendo que tampoco hace decaer la validez del razonamiento del tribunal de juicio –ya sea tanto en el juicio de atribución de responsabilidad como en el ámbito de la determinación de la pena– que Capelli haya consentido viajar en el automóvil de Derlich con conocimiento de que este se encontraba alcoholizado. En la misma línea, tampoco atenta contra la validez de la sentencia que el acompañante, tal como alega la defensa, no haya viajado con cinturón de seguridad o que Derlich condujera su coche sin la luz delantera izquierda o por el medio de la calzada. Ello en tanto, la causa eficiente del deceso fue la conducta prohibida llevada a cabo por Montseny.

Lo dicho hasta aquí, me lleva a concluir que en el caso de autos no nos encontremos frente a un supuesto de **conurrencia de culpas** que pueda influir en el juicio de atribución de responsabilidad o en la actividad de determinación de la pena.

b. iv.- Finalmente, la defensa considera que el caso sometido a decisión habría de canalizarse por medio del instituto de la **culpa inconsciente**; aspecto subjetivo del tipo que desgravaría a su defendido frente a la culpa consciente atribuida por el tribunal de juicio. Este agravio, sin embargo, no se encuentra debidamente fundamentado en las constancias de la causa ni tampoco se ha sostenido correctamente en consideraciones jurídicas. Ello en tanto, solo se han realizado consideraciones genéricas, fundada en doctrina y jurisprudencia, que no fueron debidamente aplicadas al caso concreto para saber cuáles son los extremos que habrían de considerarse al efecto de hacer lugar al planteo defensivo.

En consecuencia, en línea con lo dictaminado por el señor Procurador General, estimo que este agravio también ha de ser rechazado al no haber sido debidamente concretado por el recurrente en lo que respecta a la solución del caso de autos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA DIJO:

Voto Dr. Omar Palermo. Disidencia

Por diversos motivos disiento de la solución a la que llegan mis colegas de Sala y entiendo que se debe hacer lugar al recurso de la defensa en virtud de las siguientes consideraciones.

Previo a todo, es menester consignar que este Cuerpo ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual, es atribución del tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias, si se recurre -como en el sub-lite- por ambos motivos (L.S. 183 - 188; 202-001; 269-234, entre otros). En virtud de lo dicho, analizaré los vicios in iudicando denunciados por el recurrente relativos a la vigencia de la **garantía de imparcialidad** del tribunal y la actividad del a quo al individualizar la pena, motivos en los que estimo se encuentra entronizado el thema decidendum.

a.- Acerca del rechazo de la recusación del tribunal

La defensa cuestiona la intervención del tribunal de juicio por entender que se encontraría contaminado y condicionado al conocer la aceptación de la responsabilidad penal y la pena de parte de Montseny en relación con la imputación formulada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Frente a ello, cabe decir a modo preliminar, que el alcance de la garantía de imparcialidad del juzgador, como toda garantía procesal, no debe ser interpretada de un modo exclusivamente formal. Esto implica considerar las particularidades propias del devenir del proceso y sus repercusiones en el caso concreto a la luz de los roles e intereses de las partes.

A partir del análisis del desarrollo del proceso que ha realizado mi colega de Sala no me es ajeno que, en rigor, **no se alcanzó el acuerdo requerido por el art. 418 C.P.P.** Si bien Montseny solicitó la aplicación del juicio abreviado, en la audiencia respectiva no consintió la aplicación de este procedimiento debido al pedido fiscal de que se procediera a la detención efectiva en penitenciaría en forma inmediata y hasta tanto se tramitara la libertad condicional. Frente a ello, el representante del Ministerio Público Fiscal, acto seguido, manifestó que tampoco prestaba su consentimiento para la realización de este procedimiento especial.

Con todo, la **no existencia de un acuerdo perfecto al que subyazca el consentimiento de ambas partes no obsta a que el tribunal de juicio pueda verse contaminado en sus valoraciones** al tomar conocimiento de que las partes se encuentran en un estadio avanzado de negociación. En efecto, en la audiencia reseñada se llevó adelante un intercambio de intenciones entre la defensa, el acusado y la fiscalía que implicó un grado de reconocimiento de la responsabilidad que debió justificar el apartamiento de la causa de los magistrados sentenciantes, tal cual solicitó oportunamente la defensa al momento de recusar al tribunal.

La manifestación del acusado en la audiencia de debate que reza «**voy a aceptar siempre y cuando se cumplan las condiciones que dijo el abogado defensor mío, si no, no**» implica un reconocimiento material de la responsabilidad penal sometido a una condición resolutoria tácita que obliga a apartarse de entender en la causa al tribunal de juicio que ha tomado conocimiento de ella. Todo esto en resguardo de la garantía del imputado a un juez imparcial, lo que se encuentra puesta en tela de juicio una vez que los jueces sentenciantes han intervenido, aún pasivamente, en el proceso de formación de consentimiento de un acuerdo en relación con la aplicación de un procedimiento de juicio abreviado.

Así, la situación de la entonces **Tercera Cámara del Crimen, al presenciar la controversia producida** entre fiscal y defensa relativa a aspectos centrales de la posible responsabilidad penal del acusado, en los hechos es estrictamente análoga a la de aquel tribunal que rechaza el procedimiento abreviado conforme las previsiones del art. 420 C.P.P.

En efecto, **tal equiparación material justifica la realización del reenvío de la causa al tribunal** que sigue en turno al originario. Es que, si bien los jueces cuestionados no rechazaron el procedimiento abreviado, ciertamente presenciaron cómo el representante del Ministerio Público Fiscal retiró su consentimiento para su realización colocándose, en consecuencia, en una situación similar a la que justifica su apartamiento cuando son ellos mismos los que consideran, en contra de lo acordado por las partes, que la causa ha de seguir el trámite del juicio ordinario.

En suma, dadas las razones precedentes considero que el recurso debe prosperar con base en la violación de la garantía a un juez imparcial conforme lo prescripto por el art. 72 inc. 1, C.P.P.

b.- Sobre la imputación de responsabilidad jurídico penal realizada por el tribunal de juicio

En el ámbito de la determinación de la pena, la defensa plantea una cuestión que, después de analizar las constancias obrantes en la causa a la luz del razonamiento de los jueces sentenciantes, entiendo debe prosperar como agravio nulificante. Bajo el rótulo de un problema de “conurrencia de culpas” la defensa pone de relieve que el hecho se explicaría, en parte, por un **comportamiento imprudente de las víctimas**.

Con esto último se refiere tanto al estado de ebriedad del conductor (2,20 g/l), así como a su conducción antirreglamentaria por el medio de la calzada, sin la luz baja delantera izquierda y por atravesar la esquina donde se encontraban los semáforos con luz amarilla intermitente sin realizar una maniobra precautoria (acta de dosaje de alcohol de fs. 32 y constancias de la cámara CEO a fs. 374 vta.). Por su parte, objeta que el a quo tampoco consideró que el acompañante no viajaba debidamente sentado en el asiento y no llevaba consigo el cinturón de seguridad.

En relación con esto último, la defensa plantea que Capelli, con el grado de intoxicación alcohólica que poseía (1,50 g/l), más el resultado positivo para estupefacientes, transitaba sin el cinturón de seguridad, con el asiento del acompañante recostado en forma de camilla; postura que habría determinado que, sin haber recibido en forma directa el impacto como Derlich, su falta de sujeción haya producido el típico efecto de latigazo sobre el cuello que causa la lesión en la columna vertebral y muerte instantánea (fs. 145, 805/806 y 1161 vta.). Sobre la verosimilitud de esta hipótesis y su lugar en la solución del caso, el tribunal de juicio no se pronuncia.

El recurrente plantea una cuestión que suele discutirse en Derecho penal bajo el rótulo de “**imputación a la víctima**” o “**competencia de la víctima**” y, aunque este análisis tiene sus principales consecuencias en la **imputación objetiva del comportamiento y del resultado** en el ámbito de la tipicidad, también repercute en el **juicio de culpabilidad**. Ello en tanto, la consideración de «qué tanto se explica el hecho por el comportamiento de la víctima» no implica necesariamente desgravar al autor (nivel del análisis del comportamiento típico), aunque puede disminuir su injusto y, en consecuencia, la necesidad de pena para refutar su hecho (nivel del juicio de culpabilidad).

La defensa, a pesar de ser imprecisa técnicamente al momento de nominar el problema, a mi modo de ver, acierta cuando advierte que el magistrado sentenciante no ha incorporado a su razonamiento circunstancias que, si bien no harían decaer la tipicidad de la conducta de Montseny en tanto homicidio imprudente agravado (recordemos que se desplazaba a una velocidad de entre 71,5 y 107 km/h con una alcoholización leve de 0,7 g/l), podrían tener relevancia al momento de la individualización de la pena. No obstante, el juez sentenciante injustificadamente omitió considerarlas.

Qué tanto se explica la causación del resultado lesivo a partir del comportamiento de la víctima es una cuestión que el a quo no incorpora a su razonamiento. El tribunal de juicio no se realiza esta pregunta y, por ello, no determina motivadamente la magnitud del injusto del autor tanto en lo que respecta a la creación de un riesgo prohibido, como en lo relativo a su realización en el resultado. Por su parte, este déficit en la sentencia podría repercutir, a su vez, en el plano de la individualización de la pena, pues si no

se establece qué tan grave es el hecho que se le reprocha al autor, no es posible establecer qué tan intensa ha de ser la reacción estatal frente a su comportamiento.

El a quo explica el suceso lesivo sin valorar adecuadamente extremos que fueron objeto del debate –en lo esencial, el comportamiento de las víctimas–. Y no incorporar a su razonamiento estas circunstancias constituye un desacertado gesto de simplificación que responsabiliza completamente al autor por algo que podría no pertenecerle en su totalidad; actividad jurisdiccional que es contraria al principio de culpabilidad por el hecho y, por ende, correctamente tachada de nulidad.

En efecto, **el principio de culpabilidad** por el hecho implica que la culpabilidad, en tanto presupuesto necesario de la pena estatal, es el resultado de una **imputación de responsabilidad**, según la cual al autor se le formula un reproche únicamente en la medida en que el hecho le pertenezca como su obra: no menos, pero tampoco más.

Así, es incorrecto hacer completamente responsable al autor por un hecho que también podría explicarse, por ejemplo, por el comportamiento contrario a derecho de un tercero, la propia víctima o acaso es producto de la desgracia. Formulado en otros términos: la instrumentalización de una persona al imponerse la pena sólo puede evitarse si se la castiga hasta el límite del hecho por él cometido y nada más; imposición derivada del principio de culpabilidad que orienta al Derecho penal liberal y, más específicamente, de la obligación de respetar la dignidad humana.

De esta manera, y a partir de las observaciones formuladas al caso analizado, estimo que la sentencia puesta en tela de juicio padece problemas diversos: procesales, en lo que respecta a la vigencia de la garantía de imparcialidad del juzgador, y sustanciales, en el nivel de la determinación de la pena. Todo lo cual ha sido advertido correctamente por el recurrente al formular sus agravios y, según mi opinión, amerita proceder a la anulación de la sentencia y la realización de un nuevo juicio.

ASI VOTO.

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

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. José Daniel Miguel en la

suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1152/1164 por la defensa técnica de Rodrigo Montseny.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. José Daniel Miguel en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

14- BARRIONUEVO TARRAGONA. 18-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PPP	-	EGT	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf

Lex: Art. 45, 80 inc. 7°, 41 bis, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo y 42 del CP. Art. 165 del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Robo agravado. Arma de fuego. Tentativa. Prisión Perpetua. Coautoría. Calificación legal. Homicidio en ocasión de robo. Peligro de dolo. Peligro de imprudencia. Imputación objetiva. Ultrafinalidad. Determinación de la pena. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de prisión perpetua por considerarlo co-autor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causae agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) porque considera que la sentencia viola el principio de razón suficiente, atento a que el encuadre de la conducta del imputado como coautor no se corresponde con la prueba obtenida en el proceso y en el debate.

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, y en consecuencia, casar la sentencia modificando el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma “ condenar a Diego Pablo Barrionuevo Tarragona como co-autor penalmente responsable del delito de homicidio con motivo u ocasión de robo (art. 45, 165 del C.P.) “, remitiendo las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, a efectos de que se realice la individualización de la pena.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Doctrina citada

- PUPPE, La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal alemán, trad. Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, 2010, pp. 93-94

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Vildoza Soria. 25-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ramírez. 20-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19>

Parágrafos destacados

“.. el tribunal de juicio, en razonamiento que comparto, consideró que la intervención de Barrionuevo en el hecho debía calificarse como de coautoría, atento que existió una clara **división de tareas** entre los intervinientes. Ello, y conforme se tuvo acreditado, en tanto ambos ingresaron en la vivienda, y mientras el sujeto no individualizado amedrentaba a las víctimas apuntándolas con un arma de fuego, Barrionuevo aprovechaba e intentaba sustraer un televisor de la vivienda...”

“... no se verifica en el caso concreto el aspecto subjetivo del ilícito contenido en el art. 80 inc. 7 del C.P., puesto que la norma en cuestión requiere como elemento esencial la ultraintencionalidad por parte del autor del homicidio, es decir que el homicidio criminis causae posee **un elemento subjetivo del tipo**

distinto del dolo, una ultrafinalidad. En definitiva, de conformidad a los hechos acreditados no existió en Barrionuevo el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la víctima en conexión con el robo que se había propuesto perpetrar. “

“Para calificar el robo por homicidio ha de determinarse, en primer término, que el comportamiento haya creado un **peligro jurídicamente desvalorado de muerte derivado de la violencia en las personas o fuerza en las cosas desplegadas con el fin de desapoderar a la víctima de la cosa.**”

“Como he sostenido en otras oportunidades, soy de la opinión de que la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la **calidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor, más allá de la intención** que tenga de alcanzar el resultado lesivo, aun cuando ella repercute en el diseño de su plan “

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

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04397368-6/1((018601-37180)) F. Y QUER. PART. C/ BARRIONUEVO TARRAGONA DIEGO PABLO P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN C.I. CON HOMICIDIO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA (37180/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104476661*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04397368-6/1, caratulada "FC/ BARRIONUEVO TARRAGONA, DIEGO PABLO P/ HOMICIDIO CALIFICADO S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de Diego Pablo Barrionuevo Tarragona interpone recurso de casación (fs. 742/753) contra la Sentencia N° 7 (fs. 733) y sus fundamentos (fs. 735/740 vta.), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua por considerarlo co-autor penalmente responsable del delito de homicidio criminis causae agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 45, 80 inc. 7, 41 bis, 55, 166 inc. 2, segundo párrafo y 42 del C.P.) en la causa N° P37.180/16. El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado II.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que: «el día 4 de abril de 2016, siendo aproximadamente las 23:00 horas, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y un sujeto NN, esta último portando un arma de fuego, ingresaron por la puerta principal que se encontraba sin llave, al domicilio ubicado en calle Castro Barros N° 4312 de Coquimbito, Maipú, Mendoza. Inmediatamente, ambos, abordaron a Aldana Fernanda Estefanía Córdoba y su novio Jonathan David Kochan Estrella, quienes se encontraban en el lugar, apuntándolos en todo momento, el sujeto que tenía el arma en su poder. En ese momento, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona, se dirigió a donde se encontraba un televisor LED Marca Samsung de 46 pulgadas y mientras intentaba apoderarse del mismo, el sujeto NN, llevó a las víctimas a una de las habitaciones y les dijo, métanse ahí, e inmediatamente después se dirigió a otra habitación de la casa donde se encontraba Marta Margarita Estrella y su esposo Rubén Alberto Kochan Galvan, quien al advertir la situación comenzó a forcejear con el sujeto NN, intentando hacerlo salir de la casa. Al ver lo que estaba

pasando, Jonathan David Kochan Estrella intervino en defensa de su padre y tomó al sujeto que tenía el arma del cuello y desde atrás. En ese momento, el sujeto efectuó un disparo con el arma de fuego que portaba, impactando el mismo en Rubén Alberto Kochan Galvan, quien falleció en el lugar a consecuencia de la herida sufrida. Inmediatamente, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y el sujeto NN se dieron a la fuga, sin sustraer ningún elemento».

Para así decidir valoró primordialmente: el acta de procedimiento de fs. 11/12; las declaraciones testimoniales de Aldana Fernanda Estafanía Córdoba, de Jonathan David Kochan y de Marta Margarita Estrella; la necropsia realizada por el Cuerpo Médico Forense; y el informe policial de fs. 285/288.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 incisos 1 y 2 del Código Penal. Veamos.

Considera que la sentencia en crisis viola el principio de razón suficiente, atento a que el encuadre de la conducta del imputado como “coautor” del delito de homicidio criminis causae, no se corresponde con la prueba obtenida en el proceso, especialmente en el debate oral y público (ver recurso, fs. 746).

Sostiene que de la prueba quedó demostrado, tal como surge de la declaraciones testimoniales de los tres testigos presenciales, que el imputado Diego Barrionuevo Tarragona nunca se dirigió a las víctimas, que nunca les exhibió un arma de fuego, que siempre estuvo en la parte de adelante de la casa intentando sacar el televisor, y que el hecho -desde que ingresaron hasta que se produjo la muerte de Rubén Kochan- duró aproximadamente 5 minutos (ver recurso, fs. 746 vta.).

Señala que el imputado Barrionuevo Tarragona reconoció que aceptó ir a robar con otro sujeto, pero que desconocía que llevaba un arma. También manifiesta que se dio cuenta de la existencia del arma cuando estaba en la casa, que no esgrimió ningún arma, que no se dirigió a las víctimas, que cuando escuchó el disparo se asustó y salió de la casa y que le dijo al sujeto que llevaba el arma que se fueran. La recurrente agrega que la versión del imputado coincide con lo declarado por los testigos en cuanto a su participación en el hecho que se le atribuye (ver recurso, fs. 746 vta./747).

Considera que el a quo aplicó extensivamente las normas de la co-autoría (art. 45 del C.P.), al atribuirle al imputado una conducta realizada por otro. La muerte no era parte del plan, por lo que Barrionuevo no puede responder por los excesos del otro partícipe del hecho, atento a que estima que ello contradice el principio constitucional de responsabilidad por el acto propio.

Agrega que no fundó debidamente su autoría en el homicidio que se le imputa (arts. 1, 18, 19, 33 de la Constitución Nacional) (ver recurso, fs. 746 vta./747 vta.). Agrega que de la prueba recepcionada no puede deducirse el dolo homicida del sujeto que llevaba el arma, y mucho menos de Barrionuevo. Así, sostiene que no existió controversia con respecto a que el disparo se produjo en el contexto de un forcejeo entre la víctima, el sujeto que llevaba el arma y el hijo de la víctima, todo ello en una acción dinámica hacia afuera de la casa. Por lo que considera que la inesperada resistencia de la víctima fue el desencadenante

del cambio en el curso causal de los acontecimientos, desviando el robo con armas en una tragedia inesperada, pero de ningún modo deseada por Barrionuevo (ver recurso, fs. 748 vta.).

En cuanto al vicio in iudicando, estima que en el caso bajo examen, los datos fácticos establecidos en el hecho acreditado permiten calificarlo como homicidio con motivo de robo (art. 165 del C.P.). Señala que dicha disposición comprende todas las muertes que se originen en el proceso de violencia desatada a raíz de la consumación o tentativa del robo. En efecto, de prosperar el agravio correspondería aplicar una pena temporal que oscila entre 10 y 25 años (ver recurso, fs. 752 vta.).

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Advierte que la impugnación se basaba en la estrategia defensiva que, partiendo de una nueva valoración e interpretación del plexo probatorio, especialmente de las testimoniales rendidas en el curso del debate, intenta ubicar a Barrionuevo Tarragona prácticamente como una víctima más del otro sujeto; alguien sorprendido por la presencia del arma que intentó sustraer un televisor, y totalmente ajeno a los demás eventos.

Sostiene que de la lectura de los fundamentos surge que el tribunal sentenciante contó con elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida en este estadio procesal a los fines de condenar al recurrente tal como lo hizo.

Considera que la sentencia se encontraba debidamente fundada, debiendo rechazarse los agravios in procedendo invocados, ya que constituyen una mera discrepancia con los fundamentos de la sentencia.

Al finalizar señala que corresponde que esta Sala no haga lugar al recurso de casación, convalidando en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que corresponde hacer lugar parcialmente a la impugnación.

Luego del análisis del recurso como de la sentencia atacada, arribo a la conclusión que en la última se observan los vicios que le asigna el recurrente.

A los fines del análisis de la impugnación formulada abordaré los agravios que atacan la plataforma fáctica que el a quo tuvo por acreditada y posteriormente, los agravios sustanciales referidos a la modificación del encuadre legal.

En primer lugar, considero que no le asiste razón al recurrente con respecto al cuestionamiento referido a que el encuadre de la conducta del imputado Barrionuevo como “coautor” del hecho atribuido no se corresponde con la prueba obtenida en el proceso. En efecto, el tribunal de juicio, en razonamiento que comparto, consideró que la intervención de Barrionuevo en el hecho debía calificarse como de coautoría, atento que existió una **clara división de tareas** entre los intervinientes. Ello, y conforme se tuvo acreditado, en tanto ambos ingresaron en la vivienda, y mientras el sujeto no individualizado amedrentaba a las víctimas apuntándolas con un arma de fuego, Barrionuevo aprovechaba e intentaba sustraer un televisor de la vivienda.

Asimismo, debe señalarse que surge de la prueba colectada en el proceso que Barrionuevo tenía conocimiento que el sujeto no individualizado ingresó al domicilio con un arma de fuego. Esto surge de las declaraciones de Aldana Córdoba y Jonathan Kochan, quienes afirmaron que el sujeto que acompañaba a Barrionuevo ingresó a la cocina esgrimiendo un arma de fuego y amenazándolos a viva voz que se quedaran quietos o los mataba. Por esta razón considero que la circunstancia de la existencia del arma y su uso en el hecho no podía ser desconocida por Barrionuevo, quien se encontraba a poca distancia de ellos. Es decir, desde el inicio del hecho el acusado sabía que su compañero se encontraba armado.

En segundo lugar, estimo que le asiste razón al recurrente cuando afirma que la sentencia cuestionada adolece un vicio de fondo. Adviértase al respecto que el tribunal de sentencia tuvo por acreditado que «[...] Rubén Alberto Kochan Galvan, quien al advertir la situación comenzó a forcejear con el sujeto NN, intentando hacerlo salir de la casa. Al ver lo que estaba pasando, Jonathan David Kochan Estrella intervino en defensa de su padre y tomó al sujeto que tenía el arma del cuello y desde atrás. En ese momento, el sujeto efectuó un disparo con el arma de fuego que portaba, impactando el mismo en Rubén Alberto Kochan Galvan, quien falleció en el lugar a consecuencia de la herida sufrida. Inmediatamente, Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y el sujeto NN se dieron a la fuga, sin sustraer ningún elemento».

Tal plataforma fáctica tenida por acreditada por el a quo no es susceptible de ser encuadrada en las previsiones de los artículos 80 inc. 7, 41 bis, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo y 42 del C.P. -homicidio criminis causae agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa-, tal como hizo el tribunal de sentencia, sino que, por el contrario, debe calificarse conforme las previsiones del art. 165 del C.P. -homicidio con motivo u ocasión del robo-.

Adviértase que, conforme a los hechos probados, el imputado Barrionuevo junto con un sujeto no individualizado se propusieron el robo, ingresando a la vivienda con un arma de fuego y, al momento de cometerlo, se le presentaron **circunstancias ajenas al plan escogido**, como fue el forcejeo con Jonathan Kochan, lo que dió lugar al homicidio de Rubén Kochan. De acuerdo a ello resulta claro que debe excluirse la figura del artículo 80 inc. 7 del C.P., por no darse las condiciones del homicidio criminis causae, particularmente la **conexión subjetiva entre el homicidio y el otro delito**, es decir, la exigencia de que Barrionuevo haya **vinculado ideológicamente** el homicidio con el robo.

En otras palabras, no se verifica en el caso concreto el aspecto subjetivo del ilícito contenido en el art. 80 inc. 7 del C.P., puesto que la norma en cuestión requiere como elemento esencial la ultraintencionalidad por parte del autor del homicidio, es decir que el homicidio criminis causae posee un elemento subjetivo del **tipo distinto del dolo, una ultrafinalidad**. En definitiva, de conformidad a los hechos acreditados no

existió en Barrionuevo el propósito voluntario y consciente dirigido a lograr directamente la muerte de la víctima en conexión con el robo que se había propuesto perpetrar.

En síntesis, si bien la calificación señala cuestiones de la plataforma fáctica, desde esta estructura lógica jurídica de la sentencia ello resulta objetable de la reconstrucción de la plataforma fáctica.

En definitiva, el razonamiento no tuvo argumentos sólidos que acrediten esa conexión que requiere la figura legal que aparece más presupuesta que acreditada o, por lo menos la duda en este aspecto, beneficiaria al acusado.

Por tal motivo entiendo que los hechos atribuidos al acusado deben encuadrarse en la figura prevista por el art. 165 del C.P.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación intentado por la defensa de Diego Pablo Barrionuevo Tarragona.

ASI VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Comparto la solución a la que llega mi colega de Sala, sin embargo, entiendo pertinente realizar las siguientes consideraciones en torno a la figura contenida en el art. 165 C.P.

a.- Consideraciones preliminares

Como es sabido, el alcance del tipo penal del robo calificado por homicidio, desde su incorporación en el Código Tejedor de 1867, es objeto de una viva controversia, referida a cuáles son los homicidios abarcados por la figura.

El art. 165 C.P., tiene como antecedente el **Código penal español de 1870**, que a su vez recogía la norma del Código penal español de 1848. El texto español pasó a distintos códigos hispanoamericanos, sin embargo –a diferencia de la ley argentina– en la española no coexiste con una norma como la del art. 80, inc. 7 C.P.

Determinar qué muertes abarca el robo calificado por homicidio implica resolver dos cuestiones que delimitan la praxis dogmática. En primer lugar, la existencia del art. 80 inc. 7, C.P. impone delimitar su alcance con precisión, pues a una y otra figura subyacen antecedentes de Derecho comparado disímiles y los códigos penales no suelen incorporar ambos tipos. En segundo lugar, no debe perderse de vista la articulación con base en el principio de proporcionalidad entre la escala penal del art. 165 C.P. –un tipo penal que protege dos bienes jurídicos– y la escala penal de las sanciones jurídico-penales referidas a cada modo de ataque en particular, en función de las reglas del concurso.

Inicialmente, se advierte en la doctrina un acuerdo unánime en excluir del robo calificado por homicidio toda muerte que posea la particular conexión prevista en el homicidio *criminis causae*: aquí el homicidio es un medio o, como en el último supuesto del art. 80 inc. 7 C.P., una reacción frente a un objetivo delictivo considerado por el autor como más relevante que el respeto por la vida de otro.

No obstante, el consenso termina cuando se trata de resolver los problemas hermenéuticos que produce el art. 165 C.P. en relación con qué muertes quedan comprendidas por él. Al respecto, existen tres tesis fundamentales: la tesis que incluye sólo los resultados de muerte preterintencionales e imprudentes, excluyendo los dolosos (Soler); la tesis que incluye los resultados de muerte imprudentes y dolosos (Nuñez); la tesis que incluye los resultados de muerte dolosos y excluye los imprudentes (Fontán Balestra). Esta discusión pone el acento en el tipo subjetivo del homicidio y, al efecto de proceder inmediatamente al desarrollo de los aspectos centrales de mi postura, me permito darla por conocida.

b.- El alcance del homicidio *criminis causae*

El art. 80 inc. 7 C.P. agrava la comisión de un homicidio cuando este es un medio o una reacción frente a un objetivo delictivo considerado por el autor como más relevante que el respeto por la vida de otro.

La doctrina explica que el tipo del homicidio *criminis causae* contiene elementos subjetivos distintos del dolo, particularidad que se presenta como una de las diferencias centrales con el robo calificado por homicidio. Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden el conocer que se realiza el tipo objetivo o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtener esa realización.

Por un lado, los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, comprenden las ultrafinalidades, esto es, cuando el tipo subjetivo exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda al tipo objetivo. En la figura del **art. 80 inc. 7 C.P.** se trata de los casos en los que el autor mata para ocultar otro delito, asegurar sus resultados o procurar la impunidad (supuestos que presentan la estructura de un delito de resultado recortado) o para preparar, facilitar o consumir otro delito (supuestos con la estructura de un delito incompleto de dos actos).

Si bien tanto los delitos de resultado recortado, como los delitos incompletos de dos actos son delitos de tendencia interna trascendente, en concreto, presentan ciertas diferencias. En el primer caso, el autor ya ha hecho todo lo que podía hacer, es decir, no es necesario que se realice un segundo acto para que se produzca todo el perjuicio real. El autor ha realizado al menos una tentativa de delito y, mediante el homicidio, pretende ocultarlo, asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para un tercero. La tendencia interna trascendente no necesita ser exitosa para que el delito se consume, es decir, no es necesario que, en efecto, se oculte el delito, se aseguren sus resultados o los autores consigan profugarse. El resultado se “recorta”.

En el segundo caso, relativo a los homicidios ejecutados para preparar, facilitar o consumir otro delito, el legislador valora negativamente un proceso ejecutivo desdoblado en varios actos, de los cuales, sin embargo, mutila alguno de ellos, es decir, se contenta para la consumación con una parte de esos actos.

Aquí el tipo prevé, a diferencia del subgrupo anterior que, o bien el mismo autor, o bien un tercero, realicen, al menos, otro acto con posterioridad al realizado en primer término.

Finalmente, debe realizarse un matiz cuando el homicidio se comete por no haberse logrado el fin propuesto al intentar otro delito. En el último supuesto del art. 80 inc. 7 C.P. el autor no pretende alcanzar un resultado posterior o dividir el proceso ejecutivo con un tercero, sino que, mediante el homicidio, pone de manifiesto el motivo que guía su comportamiento: la frustración del delito que se proponía inicialmente. Aquí ya **no se está frente a una ejecución que se caracteriza por la ultrafinalidad**, sino por la conformación de una **motivación especialmente reprobable**.

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que de la clasificación anterior se derivan consecuencias dogmáticas decisivas. Por un lado, porque no siempre será necesario verificar el comienzo de ejecución del delito para apreciar un homicidio *criminis causae*; por otro lado, porque la ubicación del último supuesto del art. 80 inc. 7 como un motivo en el ámbito del injusto o de la culpabilidad determina que a este puedan acceder los partícipes, según el principio de accesoriidad limitada; y, finalmente, en lo que ahora interesa, porque la presencia de estos elementos subjetivos permite excluir la aplicación del art. 165 C.P.

c.- El robo calificado por homicidio

c.a.- Sobre los problemas que plantea la figura

Un tipo subjetivo que no tiene una perfecta contrapartida en el tipo objetivo, sino que lo excede en tanto objeto de referencia, de acuerdo con lo dicho en el apartado anterior, cancela la posibilidad de recurrir a la figura del art. 165 C.P. para calificar un homicidio llevado a cabo en un proceso ejecutivo de robo. Sin embargo, esto no implica que sea correcto intentar una definición negativa del homicidio calificado por robo.

Quien postula que todo lo que no es homicidio *criminis causae* es, dadas las circunstancias espacio-temporales, robo calificado por homicidio yerra por varias razones.

Primero, porque podría suceder que un homicidio que se realiza durante el proceso ejecutivo de un robo diera lugar a un concurso de delitos. No verificados en el caso concreto los elementos subjetivos distintos del dolo exigidos por el art. 80 inc. 7 C.P., ni tampoco los peligros especiales de muerte inherentes a la violencia del robo requeridos por el art. 165 C.P., subsiste la posibilidad, por ejemplo, de apreciar un concurso entre las figuras del art. 79 C.P. y el 164 C.P.

Segundo, porque en cada caso debe comprobarse una imputación de responsabilidad jurídico-penal que respete rigurosamente el principio de culpabilidad, lo que implica en algunos casos que, a pesar de verificarse una relación de causalidad entre el robo y el homicidio, este se explique normativamente por factores ajenos al autor.

Tercero, porque la labor dogmática no debe ser ajena a la relación que existe entre las distintas figuras penales en juego. El principio de proporcionalidad debe guiar la praxis jurídica y esto implica que la gravedad de la sanción debe vincularse con la gravedad del hecho cometido por el autor.

Sentado esto, a continuación, analizo los problemas que plantea el homicidio calificado por robo con el fin de determinar su alcance.

c.b.- Tipo objetivo: el homicidio como realización del peligro creado por la violencia o fuerza del robo

Una interpretación del art. 165 C.P. no puede ensayarse al margen de la teoría de la **imputación objetiva**. Esto significa rechazar cualquier vía de solución que no se ocupe de determinar normativamente las propiedades objetivas y generales que ha de presentar el comportamiento punible.

Desde luego, aunque no puede negarse que la causalidad es necesaria en los delitos de resultado en sentido estricto, no es correcto responsabilizar al autor por toda muerte causalmente vinculada a la ejecución del robo, solo porque aquella ocurre en circunstancias espacio-temporales en las que esta se lleva a cabo.

La muerte debe serle **objetivamente imputable al autor**. Este punto de partida es fundamental, pero no suficiente, pues si bien permite desgravar al autor por cuestiones que no son asunto suyo o sencillamente son desgracias, todavía no brinda una imagen nítida de lo que verdaderamente es el robo calificado por homicidio. Como advertí más arriba, cuando éste sea competencia del autor, aún debe disputarle su lugar tanto al homicidio *criminis causae*, como al concurso de delitos con el homicidio simple.

El robo calificado por homicidio es objetivamente imputable **cuando el robo ha creado un peligro no permitido de muerte vinculado** con la configuración concreta de la violencia en las personas o fuerza en las cosas que se ha realizado en el resultado muerte.

Para calificar el robo por homicidio ha de determinarse, en primer término, que el comportamiento haya creado un **peligro jurídicamente desvalorado de muerte derivado de la violencia en las personas o fuerza en las cosas desplegadas con el fin de desapoderar a la víctima de la cosa**. Por ejemplo, el autor utiliza un artefacto explosivo para realizar un boquete en una de las paredes del banco y, una vez detonado, causa la muerte a un transeúnte que pasaba por el lugar.

Sin embargo, no alcanza con verificar que el autor al robar ha creado un muy alto peligro de muerte, sino que, además, debe comprobarse en el caso concreto que este se ha plasmado en el resultado típico que califica la figura básica del robo conforme los parámetros del art. 165 C.P. Este segundo momento analítico denominado imputación del resultado es decisivo a los efectos de cerrar el **juicio de tipicidad** del comportamiento del sujeto.

Continúo con el ejemplo anterior, manipular explosivos de alto poder destructivo por personas no autorizadas en la vía pública genera un riesgo prohibido de muerte. Sin embargo, producida la detonación y verificado el nexo causal con la muerte de uno de los transeúntes –acaso golpeado por la onda expansiva

de la bomba— habrá de comprobarse que ese resultado es reconducible al peligro de muerte originado por la manipulación de explosivos. Si el transeúnte fue lesionado por la bomba y murió debido a un accidente vial de camino al hospital, la muerte no le será atribuible a los boqueteros.

En suma, el tipo objetivo del art. 165 C.P., según la concepción aquí propuesta, califica el robo por la comisión de un homicidio **cuando este es resultado de la cantidad y calidad de peligro creado por quien ataca la propiedad ajena**, de acuerdo con los extremos de la figura base del art. 164 C.P. o figuras afines. Debe constatarse, en el caso concreto, que el peligro prohibido de muerte que se realiza en el resultado se originó en la violencia en las personas o fuerza en las cosas que el autor desplegó al ejecutar el robo.

En efecto, en el art. 165 C.P. estamos ante una disposición análoga a la contenida en el art. 166 inc. 1 C.P. que agrava el homicidio con prisión de cinco a quince años cuando se causaren lesiones graves o gravísimas provocadas “por las violencias ejercidas para realizar el robo”, redacción que despeja cualquier duda sobre la amplitud del precepto y sería preferible incluso para el robo calificado por homicidio.

c.c.- Restricción de la figura a los peligros de dolo

Hasta aquí he dicho que el robo calificado por homicidio reprime muertes que son el resultado de la generación de un **peligro creado por la violencia o fuerza del robo**. Ahora bien, resta aún establecer si el art. 165 C.P. agrava el robo cuando el homicidio sea doloso o imprudente o si, por el contrario, debe reducirse la aplicación de esta figura únicamente a los casos de homicidios dolosos.

Como he sostenido en otras oportunidades, soy de la opinión de que la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la **cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado** por la acción del autor, más allá de la intención que tenga de alcanzar el resultado lesivo, aun cuando ella repercuta en el diseño de su plan (en la línea de las reflexiones de PUPPE, La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal alemán, trad. Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, 2010, pp. 93-94).

En consecuencia, al analizar el tipo subjetivo de un delito, debe prestarse especial atención a la **entidad del peligro creado** por el sujeto. Así, un peligro será de dolo cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado; esto es, independientemente de la voluntad que el autor tenga de causarlo. Por el contrario, si al peligro le falta esa cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que la creación de este cause el resultado, estaremos frente a un **peligro de imprudencia**, aun cuando el autor haya actuado con la intención de ocasionar el resultado mediante ese comportamiento menos peligroso.

De este modo, la imputación objetiva de la peligrosidad ex ante del comportamiento es dogmáticamente independiente del juicio ex post sobre la realización del riesgo de ese resultado.

Sentado lo anterior, corresponde determinar si el art. 165 C.P. comprende peligros prototípicamente lesivos de dolo e imprudencia o si, por el contrario, existen razones que justifiquen reducir el ámbito de alcance de este tipo penal a los peligros de dolo, es decir, únicamente a aquellos robos que ocasionen una muerte debido a la entidad de la violencia o fuerza desplegada.

La clave para resolver esta cuestión reside en realizar una estricta aplicación del principio de proporcionalidad. Como tal, este principio prescribe hasta dónde (cómo máximo) puede llegar la intervención jurídico-penal y asegura una adecuada relación entre el autor, su hecho y la pena que se le impone.

Así, al estudiar el alcance del tipo penal del robo calificado por homicidio no debe perderse de vista la relación entre los bienes jurídicos tutelados por esta figura (la propiedad y la vida) y la drasticidad con la que el Código penal sanciona estos ataques en particular.

El art. 165 C.P. presenta una escala penal de diez a veinticinco años, mientras el art. 164 C.P. –figura penal a la que corresponde remitirse como figura básica si se tiene en cuenta que el art. 165 C.P. únicamente exige un “robo”– cuenta con una escala penal de un mes a seis años y el art. 79 C.P. con una escala penal que va desde los ocho años hasta los veinticinco años de prisión. El máximo de pena que está facultado a imponer el juzgador es idéntico en el caso del art. 165 C.P. y en el caso del art. 79 C.P.

Por ende, el principio de proporcionalidad en tanto principio rector que equilibra la gravedad del delito y de la pena se encuentra a salvo únicamente si la norma del art. 165 C.P. se refiere a los homicidios dolosos. En esta línea, advierto un segundo argumento que considero central. Me refiero a la inferencia que puede realizarse, en lo que ahora nos interesa, de la figura del art. 166 inc. 1 C.P.

Este artículo agrava el robo cuando por las violencias ejercidas para realizar el robo se causare alguna de las lesiones previstas en los arts. 90 y 91 C.P. Ya dije que aquí se esconde un poderoso argumento a favor de la interpretación que aquí se propone en el marco del tipo objetivo del art. 165 C.P. Sin embargo, el potencial de esta norma jurídica no se agota aquí, pues de ella se desprende que las lesiones de los arts. 90 y 91 C.P. en tanto resultados que agravan el robo, son conductas dolosas, tal como propongo ahora para la muerte durante la ejecución del robo.

Determinados modos de ejecución del robo, eventualmente, implican un muy alto peligro de muerte. En determinadas circunstancias, el sujeto crea un peligro para el bien jurídico propiedad, mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas, de tal entidad que produce, a su vez, un riesgo de muerte para las personas. Se trata de un peligro objetivo que, en determinados casos, el robo genera para el bien jurídico vida.

Si el peligro de acaecimiento del resultado es muy alto, es indiferente que el autor actúe con determinada intención. Bastará con que conozca cada uno de los extremos de su comportamiento que generan ese peligro para el bien jurídico protegido. A la inversa, aun cuando el sujeto tuviera la intención de lesionar a la víctima mediante un comportamiento que genera un peligro bajo, ello no obstará a que, dado el caso de acaecimiento del resultado lesivo –acaso una muerte– este se le impute a título de imprudencia.

Entonces, ¿qué sucede cuando el riesgo de muerte inherente a la violencia del robo se concreta en un homicidio imprudente?. Si se continúa con este examen global de las graduaciones penales de las normas penales en juego, tanto en la figura pluriofensiva del art. 165 C.P., como en las figuras específicas que

comprenden los respectivos contenidos de injusto, no tendremos problema en realizar un juicio de proporcionalidad entre hecho y pena a partir del cual podamos resolver esta cuestión.

Si se intenta poner en relación el robo calificado por homicidio con la muerte, en caso de que esta se cometiera de manera imprudente, se desdibujaría el balance que cabe esperar entre la protección penal desde la perspectiva del bien jurídico y los costes con los que debe cargar el autor como consecuencia de la sanción penal.

Si se piensa que la figura penal contemplada en el art. 84 C.P. tiene una escala penal de uno a cinco años de prisión y la figura penal del art. 164 C.P. una pena que va desde un mes de prisión a seis años de prisión, rápidamente se advierte, por aplicación de las reglas generales del concurso, que la pena que prescribe el art. 165 C.P. desconoce la relación de proporcionalidad que debe orientar la interpretación de los tipos penales.

Que el robo calificado por homicidio no realice una distinción entre muertes dolosas e imprudentes no obsta a su pertinencia en el plano dogmático. Las consideraciones precedentes, en consecuencia, me llevan a concluir que los riesgos de lesión conexos a la violencia del robo solo pueden encarrilarse por la figura del art. 165 C.P. cuando generen un muy alto peligro de muerte (dolo) que dé cuenta de la gravedad del comportamiento del autor y su desprecio por la vida de la víctima.

d.- Concurso de delitos

Delimitada la estructura típica del art. 80 inc. 7 C.P. y del art. 165 C.P., cabe determinar si el autor de un robo puede ejecutar un homicidio simple en circunstancias espaciotemporales en las que lleva adelante el atentado contra la propiedad. Dicho de otro modo, ¿pueden darse supuestos de homicidios dolosos que no agraven el robo y que tampoco sean homicidios *criminis causae*?

La respuesta a esta cuestión debe ser contestada afirmativamente. Advierto un doble lugar para el concurso de delitos entre el homicidio y el robo. Por una parte, cuando se trate de un atentado contra la propiedad (art. 164 C.P. o figuras calificadas) que durante el proceso ejecutivo provoca una muerte imputable a título de dolo al autor (art. 79 C.P. o figuras calificadas), pero sin conexión subjetiva con su actuar precedente o posterior, ni tampoco vinculada con la creación y realización de un peligro de muerte derivado de la violencia del robo. En otros términos, cuando se rompe la relación de sentido entre el robo y el homicidio.

No advertida en el caso concreto la conexión sancionada por el homicidio *criminis causae* y tampoco verificada la realización imputable de un peligro de muerte originado por la violencia o fuerza del robo, entonces –y siempre que el hecho no se explique por el comportamiento de la víctima, un tercero por el que el autor no deba responder o la desgracia– podrá apreciarse, dadas las circunstancias, un concurso de delitos entre el robo y el homicidio.

En este supuesto, la muerte le será imputable al autor como un concurso entre las figuras del art. 164 C.P. y el art. 79 C.P. –siempre y cuando no fuese aplicable una figura específica, por ejemplo, en caso de concurrir alguna de las circunstancias que califican el robo o el homicidio–.

Por otra parte, habrá de considerarse igualmente un concurso de delitos, pero que ahora abre paso a la aplicación de las figuras penales del art. 164 C.P. (o figuras calificadas) y el art. 84 C.P. (o figuras calificadas), cuando el peligro de muerte que crea la violencia del robo se concrete en un homicidio imprudente.

Que no ha de aplicarse la figura de robo calificado por homicidio cuando este, si bien es una realización de un peligro de muerte imprudente derivado de la violencia o fuerza del robo, es una consecuencia lógica de las consideraciones precedentes, en tanto concreciones de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

e.- Panorámica de soluciones

En definitiva, cuando se verifica que durante la ejecución de un robo resulta una muerte existe una panorámica de soluciones que se reduce a las siguientes posibilidades:

i.- Si quien mata lo hace para preparar, facilitar, consumir u ocultar el robo o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentarlo, entonces, la presencia de estos elementos subjetivos distintos del dolo sirve para calificar el hecho como un homicidio *criminis causae* conforme las previsiones del art. 80, inc. 7 C.P.

ii.- Si durante el proceso ejecutivo del robo al autor le fuera atribuible una muerte, esta quedará comprendida por la figura del art. 165 C.P., sí y solo sí, se comprueba la creación de un alto peligro de muerte derivado de la violencia o fuerza inherente al robo que se ha realizado en el resultado. En determinados casos, la especial virulencia que lleva ínsita la ejecución del robo, genera peligros que pueden concretarse en lesiones a la vida de las personas. Estos peligros para el bien jurídico protegido deben ser considerados como peligros de dolo.

iii.- Si resultare una muerte imputable al autor durante el proceso ejecutivo del robo, deberá apreciarse un concurso de delitos en dos supuestos. Primero, cuando se trate de un homicidio simple doloso sin **ultraintención o motivación en otro delito** y tampoco se advierta que aquel es una concreción del peligro prohibido de muerte originado en la violencia del robo: en este caso habrá de acudir a las figuras contempladas en el art. 79 C.P. (o figuras agravadas del art. 80 C.P.) y el art. 164 C.P. (o figuras afines). Segundo, la solución será idéntica, pero ahora referida a las figuras del art. 84 C.P. y el art. 164 C.P. (o figuras afines) cuando, si bien exista una concreción de un peligro de muerte originado en la violencia del robo, este sea típico de imprudencia.

iv.- Por último, puede suceder que la muerte de una persona se encuentre causalmente vinculada al comportamiento desplegado durante la ejecución del robo, pero no se compruebe ninguna de las posibilidades anteriores y, en consecuencia, la misma no pueda atribuírsele al autor, ya sea tanto en el

nivel de la creación del riesgo prohibido como en el nivel de su concreción en el resultado. Estas hipótesis, dado el caso, podrán ser reconducibles a la esfera de la víctima, ser competencia de un tercero por el que no se tiene el deber de responder o, incluso, tratarse de una desgracia.

f.- Aplicación de las consideraciones precedentes al caso de autos

Como surge del punto primero, el tribunal de juicio tuvo por probado que el imputado y un sujeto no habido, que portaba un arma de fuego, ingresaron a la casa de las víctimas a altas horas de la noche. Durante el desarrollo del robo, Rubén Kochan comenzó a forcejear con el sujeto no habido con el fin de hacerlo salir de la casa. Jonathan Kochan al ver lo que sucedía intervino en defensa de su padre, tomó al sujeto que tenía el arma del cuello y desde atrás, momento en el que este último efectuó un disparo que causó su muerte inmediata.

Dicho esto, comparto las consideraciones de mi colega de Sala referidas a por qué el caso sometido a decisión no es típico de las previsiones del inc. 7 del art. 80 C.P. Así, descartado que los intervinientes actuaran movilizados por algún motivo o finalidad de los contemplados en el art. 80 inc. 7 C.P., que la muerte haya sido imprudente o no imputable a su actividad conjunta, considero que su conducta encuadra en las previsiones del art. 165 C.P.

Quienes ingresan a altas horas de la noche a la casa de las víctimas para apoderarse de sus pertenencias y se valen de un arma de fuego apta para el disparo en condiciones de uso inmediato, generan un alto peligro de acaecimiento del resultado muerte que no puede ser, sino doloso. El peligro prohibido creado por Barrionuevo y el otro sujeto no identificado al ejecutar el robo de este modo se concretó en un homicidio e, independientemente de que hubiese sido querido o deseado, como tal, no pudo ser desconocido por ninguno de ellos, debiendo ser calificado, en consecuencia, como un peligro de dolo.

En el caso sometido a decisión se advierte una relación de sentido de unidad delictiva entre la acción de robo y el resultado muerte –un homicidio– en tanto la muerte tuvo lugar como consecuencia de la violencia desplegada por los autores para ejecutar el hecho, la cual produjo un alto peligro para la vida de la víctima que se realizó en el resultado.

En conclusión, las consideraciones precedentes me llevan a adherir por mis fundamentos al voto de mi colega de sala en orden a la calificación del caso sometido a decisión.

ASÍ VOTO.

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

Atento al resultado de la votación anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Diego Pablo Barrionuevo Tarragona y, en consecuencia, modificar el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar a Diego Pablo Barrionuevo Tarragona como coautor penalmente responsable del delito de homicidio con motivo u ocasión del robo (art. 45, 165 del CP)».

Ahora bien, en relación a la pena aplicada en el caso –prisión perpetua– y teniendo en cuenta el resultado al que se arribó en la primera cuestión, corresponde remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice la individualización de la pena (art. 486 del C.P.P.).

ASÍ VOTO.

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

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Diego Pablo Barrionuevo Tarragona.
- 2.- Casar la Sentencia N° 7, obrante a fs. 733, modificando el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenar a Diego Pablo Barrionuevo Tarragona como coautor penalmente responsable del delito de **homicidio con motivo u ocasión del robo** (art. 45, 165 del CP)».
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice la individualización de la pena (art. 486 del C.P.P.).

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 3 de mayo de 2019.-

15- NAVARRO. 15-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	A P1°	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcNLL.pdf

Lex: Art. 79, 40, 41, 41 bis del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Autoría. Partícipe necesario.

Summa:

El TPC condenó a:

a- C.F.N.LL. a la pena de **trece años de prisión** como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de autor (art. 79 y 41 bis del Código Penal) y

b-condenó a M.L.M. a la pena de **doce años de prisión** por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de **partícipe primario** (arts. 79, 41 bis y 45 del Código Penal).

La **defensa técnica** de N. LL. interpone el recurso de casación invocando vicios in iudicando e in procedendo. Se queja de la omisión de valoración de prueba de descargo y otras circunstancias de hecho que componen la plataforma fáctica en violación al art. 411 del CPP. De manera subsidiaria se queja de la pena impuesta ya que sostiene que existe desproporción entre el hecho, la medida de la culpabilidad y el reproche, rompe con sus fines y la necesaria proporcionalidad entre la acción y el castigo.

El **defensor técnico** de M. L. M. formula recurso de casación y alega que la sentencia ostenta vicios in iudicando e in procedendo. Refiere que se llegó a la sentencia condenatoria valorando los testimonios de cargo que poseen ostensibles contradicciones que tornan a los mismos sospechosos. Cuestiona que en los fundamentos de la sentencia no se valoraron ni la declaración de su asistida ni las declaraciones testimoniales de descargo.

El **Procurador General** considera que corresponde rechazar los recursos casatorios interpuestos y confirmar la sentencia impugnada por no resultar la crítica sustancialmente procedente. Considera que las defensas pretenden una revisión ex novo de lo que ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación promovidos por el defensor técnico de C. F. N. Ll. y por el defensor técnico de M. L. M. S. Considera que la valoración de los elementos de prueba ha sido adecuadamente llevada a cabo por el Tribunal a quo, con respeto a las reglas de la sana crítica racional y observando los principios de la lógica y la experiencia. Asimismo, señala que se han explicado debidamente los argumentos en base a los cuales se impuso pena a C. F. N.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 184 y sus fundamentos, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

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

(F.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04572326-1/1((018602-19462)) F.Y QUER.PART. C/ N. LL. C. F.P/ HOMICIDIO SIMPLE (19462) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104654951*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04572326-1 caratulada "F. C/ N. LL. C. F. S/ CASACIÓN".

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

La defensa de C. F. N. LL. a fs. 1106/1121 interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 184 de fs. 1094 y sus fundamentos de fs. 1095/1101, en tanto condenó al nombrado a la pena de trece años de prisión como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de autor (art. 79 y 41 bis del Código Penal).

El defensor técnico de M. L. M. S., a fs. 1122/1130 promueve recurso casatorio contra la Sentencia N° 184 de fs. 1094 y sus fundamentos de fs. 1095/1101, por cuanto condenó a la nombrada a la pena de doce años de prisión por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de partícipe primario (arts. 79, 41 bis y 45 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, actuando en colegio, de la Primera Circunscripción Judicial, en autos N° P- 19462/17.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

La sentencia cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso, estableció que entre las 17.30 y las 17.45 hs del día 1 de marzo de 2017, J. R. P., se encontraba en la intersección de calles Bufano y Martino del Barrio Belgrano de Las Heras, cuando fue alcanzado por un disparo de arma de fuego calibre 22, a raíz del cual falleció. El disparo fue efectuado a una distancia de 27 a 28 mts por C. F. N. que se encontraba posicionado sobre calle Bufano hacia el este. M. L. M. resultó partícipe en el hecho llevando a cabo un aporte esencial previo al comienzo de ejecución que consistió en entregarle el arma homicida a C. F. N.. Para así decidir el Tribunal a quo ponderó las declaraciones testimoniales brindadas en el debate por: M. E. C. R., M. A. R., J. G. R. B., L. I. C. R., G. V. G. R., B. D. R., M. d. S. N. B., M. A. E., F. F. G., M. H. Q., O. A. M., A. P. a R., J. E. h R., el auxiliar L. V., C. G., la auxiliar J. M., J. L. A., C. A. S. F., O. Ayte. A. M., Oficial Inspector E. B., auxiliar G. G. y Oficial Inspector R. A. V., y el resto de la prueba debidamente incorporada (ver fs. 1097).

2.- El recurso de casación de C. N. LL.

La defensa técnica de N. LL. interpone el recurso de casación invocando vicios in iudicando e in procedendo. Señala que sólo se ha hecho en la sentencia un simple análisis con transcripción de los testimonios de cargo.

Se queja de la omisión de valoración de prueba de descargo y otras circunstancias de hecho que componen la plataforma fáctica en violación al art. 411 del CPP.

Considera que en la sentencia no se ha explicado circunstanciadamente la autoría ni la responsabilidad criminal de los imputados.

Expresa que en la sentencia (punto d), Prueba), el juez siguió los lineamientos persecutorios del Fiscal y halló consistentes los relatos de B. R., M. C., L. C., M. R. y G. G. (fs. 1110). Considera que los testimonios valorados no se ensamblan a la evidencia inalterable que no ha sido objeto de valoración (fs. 1110 vta.). Así refiere las declaraciones prestadas en el plenario por: M. C., M. R., J. R., L. C., G. G., B. R., M. d. S. B., M. E., F. G., M. Q., O. M., A. P. R., J. R., A. V., C. R. G., J. M., J. L. A., A. F., A. M., E. B., G. G., Oficial V. y la indagatoria de su defendido. Expresa que N. negó el hecho atribuido y dijo que había estado trabajando ese día desde la mañana hasta las 14.00 hs. y desde las 16.00 hasta las 21.00 hs. con F. G. en calle ..., frente a la plaza del mismo nombre, entre calles Llegó a su casa a las 22.30 hs. ocasión en que se enteró de la denuncia que le habían puesto. Refirió problemas de la familia R. con la familia de su pareja, los P.. Entiende que la versión de su defendido se acredita con el informe de la municipalidad de Capital de fs. 719 y el testimonio de F. G. (fs. 1114 vta.)

Concretamente cuestiona la omisión de valoración en la sentencia de las indagatorias de N. y M., y las declaraciones de descargo rendidas a lo largo del proceso y en audiencia de debate armonizando los elementos probatorios incorporados legalmente al proceso.

Afirma que arbitrariamente se omitió valorar la declaración del imputado y sus soportes probatorios. A fs. 1115 vta. extracta un párrafo de la sentencia y critica que los testigos a que se refiere no son presenciales, sino de «oídas» o de «dimes y diretes».

Agrega que sus declaraciones son contradictorias y se no se ajustan a los hechos. Se queja de la omisión de llevar a cabo una Cámara Gesell para recibir testimonial a C. P.. En otro orden, critica la falta de recepción del cuestionamiento relativo a que «quien miente en parte miente en todo», derivado de la afirmación de los testigos en relación a la presencia de G. en el lugar de los hechos.

A fs. 1116 vta. el recurrente formula referencia a las «entidades intelectivas de la duda y la certeza» y sostiene que no es posible que la duda no tenga influencia favorable para el imputado.

Entiende que en la presente causa sólo se ha acreditado la muerte de P., mas no la participación de N..

Agrega que M. M., en ese momento se estaba bañando en su casa y salió a atender a dos personas que le pagaron sus viandas.

Añade que los testigos presenciales involucraron en el hecho a J. G., quien luego fue sobreseído de la causa. De tal manera considera que se habría quebrado la cadena de «pasamano del arma».

Solicita se declare la nulidad de la sentencia ya que se sustenta en testimonios interesados y contradictorios entre sí y en una cadena de indicios multívocos que no han sido categorizados debidamente.

Da manera subsidiaria se queja de la pena impuesta ya que sostiene que existe desproporción entre el hecho, la medida de la culpabilidad y el reproche, rompe con sus fines y la necesaria proporcionalidad entre la acción y el castigo.

En este sentido, considera que el juez se desentendió de toda ponderación de las pautas mensuradores de los arts. 40 y 41 del Código Penal y fijó una pena exagerada.

Pone de resalto que su defendido carece de antecedentes condenatorios y considera que la pena de 13 años de prisión es exagerada, infundada y discrecional. Formula reserva del caso federal.

3. El recurso de casación de M. M.

El defensor técnico de M. L. M. formula recurso de casación y alega que la sentencia ostenta vicios in iudicando e in procedendo. Se queja de que la sentencia no resulta una derivación razonada de los

elementos de prueba y se han vulnerado los principios de la sana crítica racional sin seguir las reglas que prescriben la psicología, la lógica y la experiencia. Afirma que en la sentencia se detectan vicios de motivación contradictoria, insuficiente e interpretación arbitraria. Refiere que se llegó a la sentencia condenatoria valorando los testimonios de cargo que poseen ostensibles contradicciones que tornan a los mismos sospechosos, en tanto afirman la presencia en el hecho de J. G. quien fue sobreseído en la causa al demostrarse que se encontraba en otro lugar al momento de los hechos. Señala que su defendida prestó declaración a fs. 684 y en ella detalló circunstanciadamente las condiciones de tiempo, modo y lugar en base a las cuales negó su participación en el hecho por encontrarse en otro lugar al momento de los hechos. Expresa que testigos que acreditan los dichos de M. resultan J. L. A., C. R. G., J. E. R., M. d. S. N. B., M. E. y A. P. R..

Cuestiona que en los fundamentos de la sentencia no se valoraron ni la declaración de su asistida ni las declaraciones testimoniales de descargo.

Considera que lo único acreditado en autos es la muerte de P. mas no la participación endilgada a M. M. que en ese momento estaba en su casa bañándose y luego atendió a personas que habían ido a pagarle unas viandas. Formula reserva del caso federal.

4.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1150/1153 se expide el señor Procurador General, quien luego de examinar los agravios promovidos considera que corresponde rechazar los recursos casatorios interpuestos y confirmar la sentencia impugnada por no resultar la crítica sustancialmente procedente.

Señala que ambas impugnaciones ostentan, en algunos aspectos, argumentos similares al discrepar con la valoración que el Tribunal llevó a cabo de las declaraciones testimoniales por lo que lleva a cabo un tratamiento conjunto de aquellas. Considera que las defensas pretenden una revisión ex novo de lo que ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, para ello insisten en la misma versión defensiva formulada al momento de los alegatos.

Señala que la reiteración de esa posición sin sumar argumentos novedosos no alcanza para romper el cuadro probatorio reunido y evaluado por el juez en la sentencia. Entiende que la sentencia se encuentra debidamente fundada y las testimoniales de cargo se encuentran corroboradas por prueba instrumental incorporada durante el juicio.

Considera que no se vislumbran falencias en el razonamiento del juzgador al sostener que la circunstancia de que G. hubiera estado en la Fiscalía N° 36 a las 17.00 hs del día del hecho no impide que entre las 17.30 y las 17.45 hs. se encontrase en el lugar del hecho. Añade que el sentenciante valoró las declaraciones de los imputados y los testigos de descargo advirtiendo contradicciones en aspectos esenciales, lo que les restó credibilidad sin lograr desvirtuar la prueba de cargo. Respecto al cuestionamiento formulado en torno a la pena impuesta a N. LL. destaca que el Tribunal de sentencia analizó las condiciones objetivas y aspectos subjetivos aplicándolos al caso concreto, por lo que también este agravio debe ser rechazado.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizada la presente causa, como también los recursos casatorios promovidos y el acto sentencial puesto en crisis, adelanto opinión en el sentido de que las críticas formuladas no pueden tener acogida favorable y, en consecuencia, la sentencia debe ser confirmada por los motivos que a continuación se exponen. De forma preliminar corresponde señalar que los recurrentes –defensores técnicos de C. N. y M. M.– promueven sus críticas a tenor de ambos incisos del art. 474 del CPP aduciendo que la sentencia presenta

vicios de procedimiento y sustantivos; no obstante ello no se advierte de la lectura de los recursos que se hayan desarrollado vicios in iudicando que aquejen la pieza procesal impugnada.

Ahora bien, del contenido de los dos recursos formulados surge que el núcleo central de las críticas pasa por cuestionar la valoración de los elementos probatorios cargos, criticar la falta de recepción de declaración testimonial en Cámara Gesell a C. P. y denunciar la omisión de valoración de prueba de descargo y de las declaraciones prestadas por los imputados –N. y M.– en la etapa de investigación penal preparatoria, incorporados por lectura. Respecto a la valoración de los elementos de prueba que sustentan la sentencia condenatoria, considero que tal labor ha sido adecuadamente llevada a cabo por el Tribunal a quo, con respeto a las reglas de la sana crítica racional y observando los principios de la lógica y la experiencia.

En efecto, el a quo asignó valor positivo a fin de tener por acreditada la participación en el hecho por parte de C. F. N. y M. M. a las manifestaciones de M. A. R., G. G. y, parcialmente, de B. R.. Refirió como principal testigo de cargo al primero de los nombrados quien –en todas las ocasiones en que brindó declaración testimonial–incluido en el curso del debate aseguró que quien disparó había sido N., en tanto que el arma había sido provista por la coimputada M. M..

Así el tribunal consideró, acertadamente a mi modo de ver, que el calibre asignado por éste al arma que N. utilizó coincidía con el calibre del proyectil alojado en el cuerpo de J. P.. Por su parte los dichos de G. G. y B. R. también ubicaron como autor de los disparos a C. F. N..

En apoyo de estas declaraciones testimoniales, el a quo valoró los dichos de la Oficial Inspector E. B., de la División Homicidios de la Policía de la Provincia de Mendoza, y del Oficial Inspector A. V. –de la UID de Las Heras–. B. recordó que al concurrir al lugar del hecho, personas presentes hicieron referencia a una señora, de nombre M. o M., como quien había entregado el arma con la que se disparó. Por su parte V. indicó que los vecinos dijeron que una mujer era quien había pasado el arma.

En contraste a tales elementos de convicción, el a quo analizó las versiones defensivas prestadas por los imputados en el curso de la investigación penal preparatoria y los elementos convictivos que, a juicio de los defensores, abonarían tales relatos. C. F. N. Ll. optó por no declarar en el curso del plenario, por ello y toda vez que sí lo hizo en la investigación penal preparatoria, se incorporó la declaración brindada a fs. 661. En ella el imputado afirmó que el día del hecho trabajó en el estacionamiento medido de la Ciudad de Mendoza, junto a F. G. –su cuñado–.

El defensor considera que la versión exculpatoria se corrobora con la testimonial de G. y el informe de la Municipalidad de la Ciudad Mendoza. Respecto al descargo de N. el a quo, en opinión que comparto, considera que el informe emitido por la Municipalidad no acreditaba su presencia en la actividad laboral en horas de la tarde (ver fs. 719).

De tal manera el único medio de prueba que desvirtuaría el cúmulo de pruebas de cargo en su contra, resultarían los dichos de F. G.. Al respecto el sentenciante señala inconsistencias y contradicciones en el relato de G., que implican un menoscabo en el crédito de sus expresiones frente a la prueba que da cuenta de la presencia de N. en el lugar del hecho (fs. 1098 vta./1099).

Por otro lado el juzgador examinó la declaración de M. M. y las testimoniales que apoyarían su versión. Al respecto entendió el Tribunal a quo que incurrieron en marcadas contradicciones que deterioraban su credibilidad (fs. 1099/1099 vta.).

De lo expuesto surge que los recurrentes no aciertan al sostener que la sentencia se ha desentendido de valorar las declaraciones de los imputados y los elementos de prueba que las abonarían. En efecto de la lectura del acto sentencial surge que, contrariamente, el tribunal a quo detalló y ponderó las versiones

defensivas ensayadas durante la investigación penal preparatoria por C. F. Llanos y M. L. M. S., como también aquellos elementos convictivos que –a criterio de los defensores– apoyarían las versiones por éstos aportadas.

De tal manera la falta de recepción de declaración testimonial a C. P. en Cámara Gesell, no ostenta la pretendida trascendencia que le asignan los defensores ni impacta en las conclusiones a las que llega el Tribunal, por cuanto la sentencia no se basa –exclusivamente– en testimonios de oídas sino, y por el contrario, en declaraciones de quienes estuvieron presentes en el lugar y momento del hecho y que percibieron por sus propios sentidos las circunstancias detalladas. Además, tales testimonios se apoyan en elementos objetivos, como se explicó.

A mayor abundamiento cabe señalar que la alusión a los dichos de C. P. por parte de su madre, M. C., no fue señalada recién en el debate, sino que por el contrario el conocimiento de la niña sobre el hecho fue dado a conocer desde el principio de la investigación. No obstante los defensores – que en esta ocasión le asignan importancia– no solicitaron en ninguna oportunidad la recepción de testimonial en Cámara Gesell de la niña C. P..

Por otro lado, y como dije, en atención a la cantidad de prueba que acredita la presencia de los imputados en el hecho, la falta de recepción de testimonial de la niña no logra desmerecer el valor convictivo derivado de la correcta vinculación e interpretación que de los elementos de prueba llevó a cabo el Tribunal de mérito, motivo por el cual tampoco este agravio resulta suficiente para provocar la nulidad de la sentencia. Tampoco conmueve a los fundamentos de la sentencia en tanto tuvo por acreditada la participación en los hechos de N. y M. M., la referencia formulada por algunos de los testigos a la presencia de J. G., quien estuvo imputado en el hecho más fue sobreseído.

Al respecto advierto que existió en el curso del debate por parte del Ministerio Público Fiscal, una modificación no esencial en relación a la hora en que el hecho ocurrió, situando su acontecer entre las 17.30 y 17.45 hs. Ello vinculado a que el sobreseimiento de G., obedeció al estado de duda que lo benefició, entiendo que existe la posibilidad –que por otro lado se esboza en la sentencia– de que éste hubiese arribado al escenario de los hechos, descartando de este modo la pretendida mendacidad de los testigos. Por los motivos reseñados, entiendo que la motivación de la sentencia relativa a los extremos necesarios para tener por acreditada la autoría y participación en el hecho por parte de C. F. N. y M. M., ha sido adecuadamente expuesta sin que se adviertan los vicios denunciados por los defensores, motivo por el cual corresponde rechazar los agravios expuestos.

Cuestiona también el defensor de C. N. la individualización de la pena llevada a cabo por el tribunal. Concretamente, afirma que no hay proporcionalidad entre el hecho atribuido y la pena individualizada y que el a quo no ha ponderado las pautas del art. 40 y 41 del Código Penal. Entiende que la pena ha sido exagerada y destaca al efecto la ausencia de antecedentes de su defendido.

Como adelanté tampoco esta crítica puede tener acogida favorable.

En primer término en la sentencia se expuso el marco temporal de la pena incriminada en abstracto para el hecho atribuido y la calificación asignada (diez años y ocho meses a treinta y tres años y tres meses de prisión).

Contrariamente a lo que afirma el recurrente el a quo tomó en consideración, para determinar la pena impuesta, circunstancias que, a su criterio, resultaban agravantes.

Así justificó el aumento en la escala en atención a que el daño provocado por el hecho trascendía a la víctima ya que era progenitor de tres niños de poca edad, como también en que no se apreciaban

circunstancias que permitieran una atenuación de la culpabilidad, por cuanto el imputado era un adulto con edad para comprender el hecho y su gravedad (fs. 1101).

En contraste a la afirmación efectuada por el defensor, valoró como atenuantes el aspecto subjetivo del hecho –en tanto le fue atribuido a título de dolo eventual– toda vez que presenta un déficit en el aspecto cognitivo y que el hecho fue consecuencia de una situación conflictiva previa; como también la ausencia de antecedentes computables.

De lo expuesto surge que se han explicado debidamente los argumentos en base a los cuales se impuso pena a C. F. N.. La defensa pese a cuestionar un deficiente análisis de circunstancias que en su opinión convergerían en una diferente penalidad y, criticar la ausencia de análisis de la falta de antecedentes de su pupilo –evento que como se señaló no resulta cierto puesto que sí fue ponderada–, no ha individualizado que circunstancias redundarían una disminución del monto de pena individualizado. Por ello, también en este aspecto, debe rechazarse el recurso interpuesto por C. N..

Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por las defensas técnicas de C. F. N. y M. M. deben ser rechazados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación promovidos a fs.1106/1121 por el defensor técnico de C. F. N. Ll. y a fs. 1122/1130 por el defensor técnico de M. L. M. S..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. O. D. A. y P. R. para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas federales efectuadas.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de mayo de 2019.-

16- LUNA CISTERNA. 17-05-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLuna.pdf

Lex: Arts. 80 inc. 7°, 42, 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 40 y 41 del CP.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Tentativa. Concurso real. Calificación legal. Robo agravado. Arma. Circunstancias atenuantes. Doble valoración. Determinación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** con más la pena de inhabilitación absoluta por igual término, demás accesorias legales y costas por encontrarlo penalmente responsable del delito de **robo agravado por el uso de arma**. (arts. 12, 19, 29 inciso 3°; 166 inciso 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP). Así, el Tribunal, condenó al sindicado por el hecho atribuido, entendiendo que la calificación legal adecuada era la propiciada por la Defensa, alejándose de la sostenida por el MPF, esta es: homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma. La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando. Solicitó la imposición de una pena de 6 años y 6 meses de prisión por entender que el a quo dio un tratamiento lacónico de las circunstancias atenuantes previstas en los arts. 40 y 41 C.P.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido ya que sostiene que el tribunal de sentencia desarrolló en forma suficiente las perspectivas objetivas y subjetivas relativas a los aspectos agravantes y atenuantes del hecho constatado

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 242, pronunciada por el TPC N° 1°-1° CJ.

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

(F.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04624652-1/1((018601-153675)) FC/ LUNA CISTERNA EDUARDO RAFAEL P/ HOMICIDIO SIMPLE (153675) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104707834*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04624652-1/1, caratulada "F. C/ LUNA CISTERNA P/HOMICIDIO SIMPLE P/RECURSO DE CASACIÓN".

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

La defensa oficial de Luna Cisterna Eduardo Rafael interpone recurso de casación (fs. 353/359) contra la Sentencia N° 242 y sus fundamentos (fs. 336 y fs. 337/348, respectivamente), dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de ocho años de prisión con más la pena de inhabilitación absoluta por igual término, demás accesorias legales y costas, por encontrarlo penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma acusado en el marco de los autos N° P-153.675/17 (arts. 12, 19, 29 inciso 3°; 166 inciso 2°, primer párrafo, primer supuesto del CP).

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

PRIMERA: ¿ES procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada tuvo por acreditada la plataforma fáctica acusada y descripta en la pieza fiscal de fs. 245/251, que, en lo sustancial, reza que «[e]l día 13 de noviembre de 2017, minutos antes de las 03:25 hs. aproximadamente, sobre la vereda Sur de calle Alem, en la intersección con calle Rioja de la Ciudad de Mendoza, quien fuera posteriormente identificado como Eduardo Rafael Luna Cisterna, abordó -acercándose desde atrás- a Sergio Fabián Díaz, para luego propinarle una puñalada en el lado derecho de su cintura, exigiéndole a este último que le entregara su teléfono celular [...], sustrayéndole el mismo del bolsillo derecho del pantalón [...]. En ese instante, Sergio Fabián Díaz comenzó a forcejear con el incuso, lo que provocó la caída del aparato celular al suelo. Inmediatamente después, [el acusado] le asestó otras dos puñaladas a la víctima al costado izquierdo de su torso, a la altura de las costillas. Acto seguido, tomó del piso el celular de la víctima, dándose a la fuga [...] siendo aprehendido minutos después por personal policial [...] en inmediaciones de calle Peatonal Sarmiento, secuestrando entre sus pertenencias [la res furtiva] [...]. El informe del CMF practicado sobre la víctima, [...] da cuenta que el Sr. Sergio Fabián Díaz, al momento del examen físico, presentó heridas contuso penetrantes en cara lateral del hemitórax izquierdo, suturadas en número de dos, de dos cm de tamaño y herida contusa en región paravertebral derecha lumbar, suturada de dos cm de ancho a un cm de cicatriz quirúrgica de columna. Asimismo, [se informa] que no hubo peligro de vida y que las lesiones descriptas tienen un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes».

Tras destacar que los hechos y la participación del acusado no fueron objeto de controversia, y delimitar el contradictorio a la calificación jurídica que merecía el hecho, el tribunal a quo valoró diversos elementos de prueba para sostener que debía ser encuadrado según la propuesta de la defensa -robo agravado por

el uso de arma-, y no según los alegatos del Ministerio Público Fiscal -homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma- (ver fundamentos, 338 vta.).

Así, tuvo en cuenta el acta de denuncia de fs. 36, el acta de procedimiento de fs. 1 y vta., el croquis ilustrativo de fs. 2, el acta de procedimientos de fs. 9, el testimonio de Marco David Corbalán y las declaraciones de los funcionarios policiales Diego Moyano y Claudio Alonso.

Asimismo, valoró el informe de laboratorio de Toxicología del CMF de fs. 132, el acta de dosaje de alcohol y estupefacientes del CMF de fs. 165, las constancias de comunicación del CEO de fs. 127 y ss., el acta de requisa de persona obrante a fs. 50 y el acta de secuestro y fotografías de fs. 50 y ss.

Finalmente, el acta de exhibición de objetos de fs. 97, el examen psíquico del imputado de fs. 198 y el informe físico practicado a la víctima, de fs. 94 (ver fundamentos, fs. 338 vta./342).

En lo relativo a la individualización de la sanción, el tribunal consideró «justa, equitativa y ajustada a Derecho» la pena de 8 años de prisión (ver fundamentos, fs. 346/348).

II.- El recurso de casación de la defensa

La parte recurrente impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene **vicios in iudicando**.

De modo previo advierte que no es objeto del recurso, ni la acreditación de los hechos, ni el grado de intervención del acusado en los mismos, sino sólo el punto de la sentencia relativo a la determinación de la pena.

En este sentido, indica que el tribunal a quo se alejó de las pautas estipuladas en los arts. 40 y 41 del CP, en la medida en que se valió, como base para agravar el monto de la sanción, de elementos que ya se encuentran contenidos en el tipo delictivo por el que el acusado fuera condenado.

Con ello, según el recurrente, el a quo profirió un tratamiento lacónico de las circunstancias atenuantes previstas en dichas normas.

Explica que, si bien la sentencia valoró en un sentido atenuante el nivel sociocultural y educativo del acusado (en especial, que al momento del hecho éste era una persona en situación de calle, analfabeta y adicta a ciertos estupefacientes), ello ha sido valorado de manera superflua.

Según formula la defensa, los elementos de prueba incorporados al proceso indican que el acusado es un adicto crónico y que, en el momento del hecho, se conducía bajo los efectos del consumo de cocaína y marihuana, lo que le impedía llevar a cabo un adecuado proceso de sociabilización.

En este sentido, da precisiones sobre cómo el uso de estupefacientes conlleva, para una persona adicta, el desprecio sobre comportamientos que antes pudieron tener valor para ella (como el respeto del derecho a la propiedad o de la integridad física de terceras personas).

Así sostiene que, ante la necesidad de continuar drogándose, el acusado cambió su orden de valores y acometió contra la víctima del robo, circunstancia que debe repercutir en la disminución de la pena finalmente impuesta.

Por lo señalado, solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida y la imposición de una pena de 6 años y 6 meses de prisión.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del encartado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente. Sobre el punto de agravio, entiende que el tribunal de sentencia desarrolló en forma suficiente las perspectivas objetivas y subjetivas relativas a los aspectos agravantes y atenuantes del hecho constatado.

Asimismo, repasa los argumentos del tribunal y sostiene que los aspectos valorados en la determinación de la pena han sido medidos en grados de intensidad, razón por la que no puede aceptarse la crítica de la defensa relativa a la prohibición de doble valoración.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por el recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

Preliminarmente debe decirse que, si bien la defensa ha aludido a la presencia de vicios de carácter sustancial, lo cierto es que la esencia de sus planteos radica en una disconformidad con el modo en que el tribunal de juicio valoró los elementos de prueba incorporados a la causa para determinar la pena aplicable a Eduardo Luna Cisterna.

Es decir que, el sentido dado al recurso de casación presentado es el de una crítica basada en la presencia de vicios in procedendo.

En concreto, el recurso de la defensa permite identificar dos puntos de agravio escindibles.

Por un lado, aquél que critica al tribunal por considerar que éste **ha vulnerado la prohibición de doble valoración**, y, por otro lado, el punto referido a la **errónea valoración de los elementos de prueba** referidos a la adicción del acusado.

Ambos puntos de impugnación deben ser desestimados. Respecto del primero de ellos, debe decirse que el recurrente no realiza referencia alguna de los elementos del tipo delictivo que considera doblemente valorados en la determinación de la pena.

En efecto, el recurso no especifica cuáles son las particularidades del hecho que fueron presuntamente utilizados por el tribunal a quo, en un primer lugar, al considerar que se encontraban acreditados los elementos del tipo legal imputado, y, en un segundo orden, al explicar por qué el quantum de la pena debía ubicarse en los 8 años de prisión.

En este punto de la sentencia, según se advierte, el tribunal se ha desenvuelto de modo adecuado, toda vez que ha valorado los aspectos constatados en el tipo penal sólo en términos de intensidad para hallar el sentido reprochable del delito cometido por Eduardo Luna (ver fundamentos, fs. 346 vta.). Por esta razón, y a falta de mayores precisiones que expliquen en qué punto el tribunal de juicio ha sido arbitrario, la crítica debe ser desestimada.

Tampoco pueden ser acogidos los argumentos que fundan el segundo aspecto de la crítica recursiva. Aquí, se advierte que la defensa pretende una reconsideración de un aspecto del hecho, atinente a la configuración personal del acusado, que ya fue atendido por el tribunal de sentencia de modo adecuado y en su debida extensión.

Efectivamente, al escudriñar las condiciones subjetivas, o personales propias del autor, el tribunal de sentencia tuvo en consideración que la pena debía ser atenuada en virtud del nivel educativo y sociocultural del acusado. En este marco, destacó su problema de adicción, su grado de analfabetismo, su desocupación y su situación de calle.

Todas estas consideraciones le permitieron ubicar la pena en un punto que, según estimo, se muestra proporcional a la entidad del hecho cometido y ajustado a una escala penal que oscila entre los cinco años de prisión y los quince años de la misma especie de pena (ver fundamentos, fs. 347).

Frente a estas consideraciones subjetivas, y a las consideraciones objetivas observadas por el tribunal - entre las que se destacan, el grado de violencia con la que actuó el acusado, la entidad de las lesiones provocadas a la víctima y el grado de indefensión de la misma al ser sorprendida por el agresor durante la noche-, el recurrente no ha explicado cuáles otras circunstancias del hecho indican que la pena debe ser sustancialmente menor a la que el tribunal de sentencia impuso.

Asimismo, tampoco ha explicado la defensa por qué los argumentos del tribunal, referentes al carácter atenuante del grado de adicción del imputado, merecen ser dejadas de lado por la postura que ella propone con una consecuente disminución de la pena.

Estas circunstancias sugieren que, lejos de demostrar un proceso argumentativo arbitrario en la valoración del tribunal, el punto de agravio implica un diverso punto de vista que no puede ser recibido en esta instancia recursiva.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación presentado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 242 proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO dijo: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 353/359 por la defensa oficial de Eduardo Rafael Luna Cisterna y confirmar la Sentencia N° 242 proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1, y sus fundamentos, obrantes a fs. 336 y 337/348.
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

17- LUNA GARRO. 28-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE	-	EGT	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcLG.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54, 167 inc. 2 del CP.

Vox: Homicidio agravado. Criminis causa. Sana crítica racional. Principio de unidad de la prueba. Dolo. Concurso real. Concurso ideal. Poblado y banda. Escalamiento. Arma de fuego apta.

Summa:

El TPC condenó a:

a- N. D. a la pena de **trece años de prisión**, por considerarlo autor del delito de homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2 2° párrafo, 54, 167 inc. 2 Cód. Penal) y del delito de robo agravado por escalamiento en concurso ideal por efracción (arts. 167 inc. 3 en función con el art. 163 inc 4 y 54 Cód. Penal).

b- M. J. C. P. a la pena de **seis años de prisión** por considerarlo autor del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 primer supuesto Cód. Penal) y

c-D. A. C. a la pena de **diez años de prisión** como autor de los delitos de homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2, 2° párrafo, 54, 167 inc. 2 Cód. Penal).

d-M. S. L. G. o L. C. a la pena de **trece años de prisión**, por considerarlo autor del delito de homicidio criminis causae en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo, 54, 167 inc. 2 CP), y como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto CP)..

La **defensa** oficial de B. N. N. D., M. J. C. P. y D. A. C. interpone recurso de casación y en el mismo sentido la Defensa de M. S. L. G. o L. C. (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP)

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Opina que los defensores procuran separar los elementos cargosos para establecer una duda acerca de la coautoría. aspecto que ha sido tratado en forma conjunta por el Tribunal

La SCJM resolvió rechazar los recursos interpuestos por las defensas técnicas.

Resolución cuestionada: Sentencia N°80, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Parágrafos destacados

“...A esto se suma que dichas pruebas han sido ponderadas a la luz del **principio de unidad de la prueba adoptado por esta Sala**, en tanto «[...]impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha ocurrido en autos...”

“...En definitiva, se descarta que se haya incurrido en el doble juzgamiento que indica el quejoso, «[...] al concursar realmente el robo agravado del art. 166 inc. 2 segundo párrafo, con el homicidio criminis causae del art. 80 del C.P.[...]» (recurso, fs. 905 vta), en tanto han sido aplicados adecuadamente las reglas del concurso al caso en análisis.”

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

(J.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04412750-9/1((018601-3393)) F. C/ L. G. O L. C. M. S., N. D. B. N. Y C, D. A. P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN TENTATIVA (3393/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104492687*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de mayo del dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04412750-9/1 caratulada “F. C/ L. G. O L. C., M. S. Y OTS. P/ HOMICIDIO... S/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN”.

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

La defensa oficial de B. N. N. D., M. J. C. P. y D. A. C. interpone recurso de casación (fs. 898/903) contra la Sentencia N° 80 en tanto condena a N. a la pena de trece años de prisión, por considerarlo autor del delito de homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo, 54, 167 inc. 2 Cód. Penal) en la causa P-3393/16 y del delito de robo agravado por escalamiento en concurso ideal por efracción (arts. 167 inc. 3 en función con el art. 163 inc 4 y 54 Cód. Penal) en la causa P-135531/14 en el caso de N. D.; a seis años de prisión a M. J. C. P. por considerarlo autor del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 primer supuesto Cód. Penal) en la causa P-68863/16 y a D. C. a la pena de diez años de prisión como autor de los delitos de homicidio criminis causa en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo, 54, 167 inc. 2 Cód. Penal) en la causa P-3393/16.

Por su parte, la defensa de M. S. L. G. o L. C. interpone recurso de casación (fs. 904/906 vta.) contra la misma sentencia, en tanto condena al nombrado a la pena de trece años de prisión, por considerarlo autor del delito de homicidio criminis causae en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo, 54, 167 inc. 2 Cód. Penal) en la causa P-3393/16, y como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto Cód. Penal) en la causa P-68863/16, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece en la causa P-3393/16 que el 12 de enero de 2016 a las 22.30 horas aproximadamente, cuando M. B. caminaba por calles ..., a una cuadra del callejón ... de Las Heras, recibió un disparo de arma de fuego que le produjo lesiones que pusieron en peligro su vida. Estas lesiones fueron causadas luego de que por lo menos 3 personas le robaran su mochila, teléfono celular, cincuenta pesos, tarjeta, documentos y auriculares.

En la causa P-68863/16 se tiene por probado que L. y M. C. P. el 10 de julio de 2016 a las 5:30 horas aproximadamente, entraron al domicilio de ... de Las Heras con sus rostros tapados y con un arma de fuego plateada y una pistola negra, permaneciendo C. en la puerta de la vivienda mientras que L. ingresó, oportunidad en que C. le dijo a M. M. mientras le apuntaba con un arma de fuego, que los iba matar, asestándole un golpe con la culata en la cabeza a C. B., sustrayéndoles diversos objetos.

2.- Recurso de casación

A. Se agravia la defensora oficial porque fueron **valoradas erróneamente las pruebas**, sin que se haya alcanzado el grado de certeza requerido para dictar sentencia condenatoria en las dos causas juzgadas, por lo que pide que se absuelva a sus pupilos.

Refiere que en la causa P-3393/16 la menor M.A.C fue quien dijo que vio correr a tres sujetos, pero que la víctima dice que sólo fueron dos sujetos quienes lo asaltaron, lo que no es menor porque no se explica cuál sería la funcionalidad del tercero, al no determinarse cuál fue la conducta que desplegó cada uno, tal como pidieron. Relata que si bien el a quo dice que M.A.C. fue testigo presencial, la madre dijo que sus dos hijas estaban en la vereda cuando se escucharon los tiros, y que cuando declaró la primera vez dijo que había visto a los tres imputados corriendo por las inmediaciones; que para verificar la fiabilidad de su testimonio, el fiscal ordenó una pericia psicológica en la que se determinó que ella no vio lo sucedido, y sólo tiene referencias por los vecinos, puesto que fue su hermana de 7 años quien presencié los hechos, lo que puede derivarse también de las inconsistencias entre lo declarado ante el ayudante fiscal y lo dicho en el debate, careciendo de lógica la explicación del sentenciante.

Arguye que las contradicciones pueden deberse a que la testigo fue la hermana menor, a quien no se involucró por su escasa edad, lo que no tuvo en cuenta la Cámara. Que no se identificó quiénes eran los autores y quién el campana.

Destaca que no se valoró la desgrabación del CEO que reportaban 2 QRJ que iban en moto, y que el a quo sólo puede sostener con la versión de M. que sus defendidos estaban en el lugar, faltando el resto de los requisitos para que ese elemento valga como indicio, habiendo en todo caso, sólo un indicio de presencia. Se queja también porque no hay secuestro del arma ni se rescató parte de la res furtiva.

En la causa **P-68863/16** se queja porque no está acreditada con certeza la participación de M. C., desde que C. no reconoció a ninguno y tampoco M., puesto que los autores tuvieron la cara tapada. Resalta que B. dijo que nunca supo que el participante fuera el «Mosquito», sino que con el tiempo se enteró, que es lo mismo que dijo ante la fiscalía para la rueda de reconocimiento que se frustró, esto es, que B. conocía al Mosquito pero no lo reconoció en el hecho, sino que sacó conclusiones luego.

Señala que el a quo dijo que la autoría está acreditada con los reconocimientos en rueda de personas de fs. 81 y 82, pero que esas actas se refieren a L. G. y no a C. P.

Agrega que el reconocimiento de objetos secuestrados no es válido por su fungibilidad y porque ni siquiera fueron sus dueños los que lo hicieron, lo que no se tuvo en cuenta, pero cita para demostrar que la investigación fue errada. Subraya que ninguna víctima pudo ver a C., pero todas dijeron que era el «Mosquito» y de averiguaciones policiales se obtuvo su identidad, lo que vicia la sentencia, en tanto faltan elementos para fundarla.

B. El defensor de M. L. se queja porque la sentencia en la causa por el homicidio criminis causa adolece de vicios, desde que no hay fundamentación respecto de las conclusiones, en contra del art. 416 inc. 4 CPP.

Señala que esto es notorio en primer lugar, porque tiene por probada la autoría y la participación en partes iguales, lo que no es válido, ya que la víctima refiere haber sido abordada por dos sujetos y la testigo menor dijo que habían tres personas que corrían desde el lugar del hecho.

Expone que se usan indicios, pero que nadie vio el momento en que acontecieron los hechos; que no es suficiente haber visto correr a los tres imputados para tener por probada la autoría de los tres en partes iguales.

También censura que el juzgador dé por supuesta la existencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del delito y la intención de realizarlos sin prueba alguna, lo que atenta contra la razonabilidad. Reclama la aplicación del principio *in dubio pro reo*, porque las pruebas no alcanzan a destruir el estado de inocencia de su asistido, y se queja también porque el magistrado hizo concursar realmente el robo agravado con el homicidio *criminis causa*.

Explica que de la sentencia surge que el medio usado para desapoderar fue la violencia desplegada con el arma de fuego, y el uso del arma de fuego fue lo que se juzgó en el homicidio *criminis causa*, por lo que «ha incurrido la pena en violación al principio *non bis in ídem*» (recurso, fs. 906).

Formulan los dos defensores reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictamina que ambos recursos deben ser rechazados, porque la sentencia es válida. Opina que los defensores procuran **separar los elementos cargosos para establecer una duda** acerca de la coautoría de los imputados, aspecto que ha sido tratado en forma conjunta por el Tribunal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación deben ser rechazados.

Ello por cuanto la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como acto sentencial válido, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido de que tales defectos, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-42un7, 153-011), lo que en la especie no ocurre, motivo por el cual los agravios que en este aspecto vierten los defensores no pueden ser acogidos.

En efecto, el a quo en ambas causas se ha basado en la prueba dirimente rendida, que fue analizada de conformidad con las normas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los quejosos no lograron demostrar.

En particular, en el expediente N° 3383/16 se tuvieron en cuenta los testimonios e informes médicos, entre ellos, los incorporados de fs. 16 y 21 que acreditan las lesiones sufridas por la víctima, quien declaró en el debate de manera «fiable [...]» (fundamentos, fs. 708 vta). Así, dijo que cuando fue herida de bala, sintió que una voz femenina decía que había sido «el Brian» (fundamentos, fs. 757 vta.), lo que coincide con los dichos de la testigo P. –cliente de la carnicería donde trabajaba la víctima– y su hija menor. De tal forma, ésta le contó a su progenitora que tres sujetos vecinos de ellas –“B, N. y D.”– le habían disparado a un chico, individualización que fue creíble para el tribunal, no resultando atendibles las críticas referidas a que sólo eran dos, frente a la contundencia de dicho señalamiento.

En este sentido, consideró el juzgador que no es razonable que una madre exponga a su hija a atravesar un proceso judicial, que además, les ha generado problemas de seguridad, toda vez que ello es algo que

«[...]nadie estaría dispuesto a soportar por realizar una declaración inculpatoria que no fuera cierta» (fundamentos, fs. 709 vta.), estimación que se compeadece con la lógica.

También percibió el a quo que las deponentes tenían miedo de declarar, después de las amenazas que manifestaron haber sufrido para que no volvieran a acusar a los encartados, temor que fue «[...] claramente apreciado en la realización de las audiencias», destacándose la «[...] situación de desasosiego que atrapaba a las testigos[...]», extremo que a su entender explica el por qué «[...] en un principio sus declaraciones fueron de alguna manera erráticas, y que sólo después que se revelara el origen de sus temores [...] -las amenazas- [...] sus palabras terminaran por reafirmar lo inicialmente declarado» (fundamentos, fs. 759).

En este punto la defensora oficial intenta obviar la existencia de esas amenazas, como justificativo de esas contradicciones, introduciendo que quien presenció los hechos no fue M.A.C. sino su pequeña hermana, versión que no puede ser acogida, toda vez que para ello se vale de un fragmento del informe del CAI de fs. 69, que no encuentra correlato en el resto de la prueba rendida.

A la vez, soslaya que la finalidad de tal acto no consistía en indagar sobre el delito en juzgamiento, sino que fue incorporado al proceso con una única función: determinar si la niña M.A.C. «[...]se encuentra en condiciones psíquicas de prestar declaración testimonial asistida por su progenitor y/o representante legal por ante la Oficina Fiscal 6 o en cambio, debe hacerlo mediante Cámara Gesell[...]» (oficio, fs. 68), expidiéndose en el sentido que podía hacerlo directamente ante la Oficina Fiscal (informe, fs. 69).

Esta audiencia fue llevada a cabo a continuación, en un acto munido de todas las formalidades legalmente requeridas, ante el Fiscal y el Secretario autorizantes, con la asistencia del progenitor, oportunidad en la que M.A.C. identificó a los tres imputados con nombre, apodo y parentesco, por lo que el intento defensivo de desacreditar a la testigo, no puede prevalecer frente a las concluyentes probanzas reunidas. A esto se suma que dichas pruebas han sido ponderadas a la luz del **principio de unidad de la prueba adoptado por esta Sala**, en tanto «[...]impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha ocurrido en autos.

Por este motivo, las quejas centradas en el valor que se le acuerda a los indicios, su alcance o suficiencia no pueden prosperar, según ha dicho este Cuerpo reiteradamente, puesto que encubren una mera discrepancia con el criterio con el que el inferior los ha valorado (L.S. 333-64, 400-240, 407-155), resultando ineficaces los propósitos defensivos de aislar las pruebas –por ejemplo, considerando únicamente el desgrabado del CEO, o sólo el relato de la víctima sobre que vio dos atacantes–, para privarlas del valor convictivo que en su totalidad revisten. Con relación a la participación de cada uno de los encausados, la ausencia de una exacta determinación del rol que le cupo no es trascendente, según ha dicho esta Sala reiteradamente.

Además, la condena de los tres partícipes como coautores, es porque de autos fluye que los tres tomaron intervención en el hecho, sobre la base de un plan concebido, dividiéndose las tareas, desde que mientras uno immobilizaba a la víctima desde atrás, otro la amenazaba con el arma de fuego y el tercero próximo evitaba el auxilio de terceros (fundamentos, fs. 765 vta.), careciendo de relevancia en la especie, quién actuó en cada rol, desprendiéndose lo expuesto también del requerimiento de citación a juicio.

Esta actuación da cuenta que la víctima fue abordada por N., C. y L. C. o L. G., «[...] y mientras B. N. N. D. tomó a la víctima por atrás, apoyándole un arma de fuego en el pecho, otro de los sindicados le sustrajo

una mochila, un celular...,”y otros objetos [...] mientras que el tercero se encontraba en las cercanías en espera de los mismos para emprender la fuga. Acto seguido[...]» N. le disparó con el arma de fuego a la víctima a la altura del pecho, fugándose luego (requerimiento, fs. 365 vta).

También sustentan la decisión adoptada, otros datos que los quejosos omiten, no obstante que se refieren inequívocamente a los imputados y su vinculación, esto es, que los tres andaban juntos -como surge de las causas acumuladas-, el parentesco entre ellos y con los sujetos que amenazaron a las testigos; que todos vivían a una distancia de una cuadra y cuadra y media de las testigos; la descripción del lunar de B. N. cerca de la boca, lo que excluye la posibilidad de que se trate de otro B. distinto del condenado (fundamentos, fs. 760).

Este panorama es incompatible con la aplicación del **principio in dubio pro reo** que se reclama, según se ha pronunciado este Cuerpo con antelación, toda vez que la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que lo legitima por parte del tribunal, lo que se ha verificado en el marco de la presente revisión (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

Yerra asimismo el letrado recurrente cuando manifiesta que no hubo prueba respecto del aspecto subjetivo de los delitos endilgados, desde que según se ha dicho con anterioridad, el comportamiento doloso se desprende de «[...] hechos, aunque de naturaleza psíquica, y como tales tienen que ser comprobados por el juez lo mismo que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva [...].

Sobre si el autor obró con o sin dolo, dirán las circunstancias tales como la índole del acusado, las manifestaciones precedentes al hecho, la causa para delinquir, la naturaleza de los medios empleados, la manera de obrar, etc., ya que el estado de ánimo no puede ser justificado por percepción directa, sino que tiene que ser deducido de conjeturas exteriores» (L.S. 389-186, 234-60), y en autos ha sido debidamente constatado, entre otras cuestiones que el a-quo aborda y el recurrente no cuestiona, porque le dispararon con el arma de fuego a la víctima, a la altura del pecho, esto es, dirigiéndolo a partes vitales (fundamentos, fs. 764 vta)

El agravio centrado en la pena no tiene asidero, desde que al concurso real entre los delitos de homicidio criminis causa en grado de tentativa con robo agravado en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 42, 55, 166 inc. 2 segundo párrafo, 54, 167 inc. 2 Cód. Penal) juzgados en la causa P-3393/16, se le aduna el concurso real con el delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto Cód. Penal) por el que también fue condenado en la causa P-68863/16, que no impugna (recurso, fs. 904 vta).

O sea, la penalidad fijada se encuentra muy próxima al mínimo, que son 10 años, emergiendo de autos que el sentenciante ha tomado en cuenta a esos efectos el párrafo tercero del art. 44 CP, mientras que el máximo asciende a 45 años, habiendo fundado en forma adecuada la determinación de la penalidad. Así, centró los agravantes en que la víctima del delito en grado de tentativa es una persona joven que a raíz del mismo ha quedado imposibilitada de caminar en forma irreversible, resaltando que uno de los imputados, luego de desapoderarlo de sus pertenencias, sin mediar resistencia ni discusión, le disparó.

A esto le aduna que ambos hechos ocurrieron en horas de la noche, mencionando como atenuantes la juventud del encausado y su escasa educación formal (fundamentos, fs. 767 vta./768).

En definitiva, se descarta que se haya incurrido en el doble juzgamiento que indica el quejoso, «[...] al concursar realmente el robo agravado del art. 166 inc. 2 segundo párrafo, con el homicidio criminis causae del art. 80 del C.P.[...]» (recurso, fs. 905 vta), en tanto han sido aplicados adecuadamente las reglas del concurso al caso en análisis.

En la causa P-68863/16, en la que sólo recurre la defensora oficial, si bien la motivación es escueta, resulta suficiente a tenor de la jurisprudencia de esta Corte ya citada en el segundo párrafo del punto 4 de esta sentencia, para mantener esa decisión como válida, toda vez que de su texto no se deriva la ausencia de fundamentos requerida para la procedencia de la nulidad, ni arbitrariedad alguna.

Por el contrario, el a quo se ha basado entre otra prueba no cuestionada, en los testimonios concordantes rendidos, de donde surge por ejemplo, que M. B. reconoció que M. J. C. P., alias «Mosquito», fue uno de los que lo atacó a punta de pistola, sustrayéndoles diversos objetos, mientras estaban en una fiesta.

También declaró en este sentido L. A. B., quien dijo que su tía había salido con el hermano de C., a quien durante el robo se le veían los ojos y a pesar de que tenía un pañuelo que le tapaba la nariz y la boca, lo reconoció «[...] cuando hablaba y por su físico. Yo le conocía la voz, por esa vez que lo había conocido, yo me acordaba de su voz [...]» (acta, fs. 265 vta.).

En consecuencia, los agravios de la defensora centrados en que C. no fue visto durante el asalto (recurso, fs. 902), sino que las víctimas se enteraron posteriormente de que había sido él, no pueden tener acogida, por oponerse a las constancias de autos.

Por otra parte, el a quo descarta en forma explícita que vaya a valerse del resultado de los reconocimientos de objetos exhibidos y secuestrados (fundamentos, fs. 762), motivo por el que los párrafos que la recurrente le dedica al tema no son pertinentes a los fines de la resolución del caso, y no serán abordados.

Corresponde resaltar que los deponentes le hicieron saber al tribunal que fueron amenazados, y que la queja configura una mera discrepancia de la defensa con el criterio valorativo con el que fue ponderada la prueba, sin que la letrada desvirtúe a través de ella la argumentación que derivó en la condena, restando decir que el inferior percibió en virtud de **la inmediación** que proporciona el debate, sobre los testigos, que «[...] no se puede dudar de la veracidad de éstos y de su aptitud como prueba de cargo [...]», conclusión que fue motivada (fundamentos, fs. 762).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren

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

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

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

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

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 898/903 por la defensa oficial de B. N. N. D., M. J. C. P. y D. A. C., y a fs. 904/906 vta. por la defensa de M. S. L. G. o L. C..

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. P. M. para su oportunidad.

3.- Tener presentes las reservas formuladas.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO

D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

18- CABRAL. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf

Lex: Art. 5, 45 y 79 del CP. Art. 240 bis, 240 ter y 474 del CPP.

Vox: Homicidio simple. Coautoría funcional. Acuerdo tácito. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba. Testimonio de menor de edad.

Summa:

El TPC condenó a:

a-Luciano Cabral a la pena de **nueve años y seis meses de prisión** por encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple

b-Axel Federico Olguín Moreno a la pena de **ocho años de prisión** por encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 5, 45 y 79 del CP).

Las defensas interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazados los recursos promovidos.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuestos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 29, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

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

(J.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04418751-9/1((018601-18463)) FC/CABRAL JOSE, SANTANA AMAYA BRIAN (MENOR), CABRAL LUCIANO OLGUIN AXEL P/HOMICIDIO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA (18463) (19371) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104498964*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04418751-9/1 caratulada “FC/ CABRAL FLORES, JOSÉ ALBERTO Y OTS. P/ HOMICIDIO AGRAVADO...S/CASACIÓN”.

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

A fs. 1290/1303 vta. la defensa del imputado Luciano Cabral interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 29 de fecha 4 de junio de 2018 (fs. 1252) y sus fundamentos (fs. 1257/1276 vta.) en cuanto condena a su asistido a la pena de nueve años y seis meses de prisión por encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple que se le atribuye en el marco de los autos N° P-18.463/19.371 (arts. 5, 45 y 79 del CP); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. Por su parte, a fs. 1321/1327 vta. la defensa del imputado Axel Federico Olguín Moreno interpone recurso de casación contra la citada sentencia, por la que se condenó a su representado a la pena de ocho años de prisión por encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple que se le atribuye en el marco de los autos N° P-18.463/19.371 (arts. 5, 45 y 79 del CP). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- Resolución recurrida

En la resolución cuestionada, el tribunal de sentencia tuvo por acreditado que el día 1 de enero de 2017, entre las 8:00 y 8:30 hs. aproximadamente, Alan Joan Villegas Gualpa se desplazó en su moto acompañado de José Vicente Fernández hasta una vivienda en que funcionaba un kiosco informal conocido como de “el flaco Monzón”, ubicado en el callejón Ojeda o también denominado “del lechuzo” del barrio “Inmigrante” de la ciudad de General Alvear, provincia de Mendoza, en el que fueron atendidos por la señora Marcela Silvana Olguín, quien les vendió, al menos, dos botellas de cerveza. A dicho callejón llegaron instantes después Luciano Javier Cabral Melgarejo, el adolescente Darío Emiliano Tolosa, Axel Federico Olguín y otro sujeto cuya identidad no se ha determinado. Axel Federico Olguín le aplicó un golpe de puño a José Vicente Fernández en su rostro, provocando su inmediata caída y lesiones en el interior de su boca. Inmediatamente, Joan Villegas Gualpa abandonó su moto y huyó del lugar corriendo por el mismo callejón hasta la calle Prolongación Chacabuco, arteria en la que giró hacia el cardinal este y por la que corrió hasta la intersección con calle 5, lugar donde fue alcanzado por Luciano Javier Cabral Melgarejo, Axel Federico Olguín, Darío Emiliano Tolosa y José Alberto Cabral Flores, quien enterado de la presencia de Villegas se sumó a la persecución emprendida por los demás. En la intersección de dichas calles Luciano Javier Cabral y Axel Federico Olguín y Darío Tolosa impidieron que Joan Villegas continúe huyendo y con la intención de matarlo comenzaron a aplicar golpes de puño y puntapiés sobre su cuerpo. Luego,

mientras Luciano Javier Cabral, Axel Federico Olguín y Darío Emiliano Tolosa golpeaban a Joan Villegas e impedían que huya del lugar, José Alberto Cabral le aplicó, al menos, tres golpes en el cráneo con un palo de madera correspondiente a un cabo de herramienta agraria (pala o anchada o zapa, comúnmente denominada). El primer golpe con el palo fue aplicado mientras Villegas estaba con el torso erguido, causando su inmediata caída en el lugar en que, a causa de todos los golpes recibidos, murió, quedando su cuerpo tendido en posición decúbito dorsal sobre la superficie térrea de la vía pública, con la cabeza orientada al cardinal este. Luego, el joven Darío Emiliano Tolosa tomó un escombros de hormigón de 7,600 kilogramos de peso que halló en las inmediaciones del lugar, de diámetro mayor de 29 cm. y diámetro menor de 21 cm., y lo arrojó sobre el cuerpo de Joan Villegas. Posteriormente, José Alberto Cabral, Luciano Javier Cabral, Axel Federico Olguín y Darío Emiliano Tolosa retornaron caminando por calle Prolongación Chacabuco en dirección Oeste, pasaron por el frente de las viviendas de la señora Elisabeth Fernández y de Néstor Cordan, ambas ubicadas sobre la misma arteria, la primera en la intersección con calle pública, y se dirigieron a la vivienda del primero, donde Luciano Cabral se sacó las zapatillas marca Nike ensangrentadas, que dejó en el interior de dicha vivienda y se desplazó hasta la vivienda que habitan Luis Daniel Orozco y Gladys Fuentes, progenitores de la novia de aquel. Darío Emiliano Tolosa, además, cuando retornaba por calle Prolongación Chacabuco junto al grupo mencionado, tomó el casco de Joan Villegas que estaba tirado sobre la calzada y lo arrojó a la zona del desagüe (fs. 1258 vta./1259 y fs. 1267 vta./1268). Como consecuencia de la golpiza Joan Villegas sufrió las siguientes lesiones en el cráneo: fractura de hueso frontal del lado izquierdo, herida contuso-cortante en región parieto-frontal derecho 2.5 cm. de longitud, herida contuso-cortante 2 cm. de longitud en zona frontal derecha por encima de la ceja, fractura de tabique nasal, fractura de hueso malar izquierdo, herida contuso-cortante en zona media del mentón de 4.5 cm. Además, sufrió excoriaciones 2°, 3° y 4° dedo de la mano izquierda a la altura de falanges proximales y así como excoriaciones en zona del gemelo izquierdo. Todas las lesiones en conjunto provocaron la muerte de Alan Joan Villegas Gualpa, resultando determinante en el deceso una dilaceración cerebral por traumatismo encéfalo craneano, con expulsión de masa encefálica a través de la herida. Según expresa el sentenciante, la materialidad del hecho delictivo deriva de haberse probado en estas actuaciones que la causa de muerte de Alan Joan Villegas Gualpa fue por dilaceración cerebral debida a traumatismo encéfalo-craneano, como consecuencia de las lesiones provocadas mediante la utilización de un elemento irregular, agudo y sustantivo, que provocaron fracturas óseas, cortes en la piel y lesiones en membrana y masa encefálica, y que ocasionaron “dos dilaceraciones cerebrales”, una de ellas con expulsión de masa encefálica (ubicada en lado izquierdo del cráneo), determinantes para establecer la causa del deceso, en tanto así lo informó el profesional interviniente en el acta de necropsia de fs. 140/141; registrándose el hecho en acta de defunción de fs. 172. Respecto del contexto y circunstancias fácticas que rodearon la producción del hecho criminoso, manifiesta el sentenciante que no resultó controvertido que la muerte se produjo el día 1 de enero de 2.017 entre las ocho y las ocho treinta horas aproximadamente, en la intersección de calle prolongación Chacabuco y calle 2 de la ciudad de General Alvear, provincia de Mendoza, según se desprende de las constancias de la causa, a saber: acta de procedimiento de fs. 01, croquis policial de fs. 02, informe técnico de fs. 245/299 y fotografía aérea de fs. 529). Con relación a la intervención que le cupo a cada uno de los imputados, señaló el a quo que, con relación a José Cabral, su responsabilidad en calidad de coautor resultó probada por la confesión del nombrado durante la audiencia de debate, cuyos términos encontraron de confirmación en el material probatorio reunido, entre los que destaca: el informe técnico de fs. 245/299, las constancias de fs. 248 vta., la testimonial de Miguel Coronel y el acta de reconocimiento en rueda de personas de fs. 855, entre

otros. Respecto a la intervención en los hechos de los coimputados Luciano Cabral y Axel Federico Olguín, el tribunal de grado precisó que resultó suficientemente demostrada a partir de la prueba científica producida (fs. 178, fs. 688/690, fs. 909/910) y de tres testimonios fundamentales, esto es, de las declaraciones de Miguel Coronel, de Carla Cordan (bajo sistema audiovisual) y de José Vicente Fernández. Elementos de prueba que, a criterio del a quo, contradecían la versión alternativa introducida durante el debate por Luciano Cabral mediante la que procuró limitar su participación a un supuesto enfrentamiento previo con el occiso en un lugar distinto al del hecho, luego de que durante la instrucción hubiera negado todo contacto previo con éste, y, por otro, acreditaban que Olguín persiguió a la víctima junto con Luciano Cabral, alcanzándola y atacándola con golpes de puños y puntapiés, además de impedir su fuga.

2.- El recurso de casación del defensor de Luciano Cabral

La vía impugnativa incoada por el recurrente se funda en las previsiones contenidas en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por entender que el resolutivo de origen adolece de vicios sustanciales y formales que lo invalidan como acto jurisdiccional válido.

2.1. Vicios in procedendo

a. Como primer motivo de agravio, alega privación ilegal de prueba por la negativa del tribunal de juicio de admitir durante el debate la recepción de nuevos testimonios ofrecidos por la defensa durante el desarrollo del juicio oral. Para fundar su argumento, el recurrente señala que durante la audiencia de debate llevada a cabo el día 30 de mayo de 2.017, el imputado Luciano Cabral optó por prestar declaración sobre los hechos que se le atribuyeron. Que de su relato, surgió la existencia de dos testigos presenciales del suceso investigado, esto es, Exequiel Cordan, hermano de Carla Cordan, y de Martín Molina.

Que en virtud de ello, la defensa solicitó la recepción de sus testimonios, petición que fuera rechazada mediante auto por el tribunal a quo, decisión que se fundó en la extemporaneidad del planteo y en la suposición infundada acerca de que el acusado conocía la presencia de aquellos dos testigos desde el inicio de la investigación penal preparatoria, cuando en realidad no existe prueba alguna de ese conocimiento por el imputado.

Sostiene que el auto que desestimó la prueba, el que fuera objeto de reposición y de reserva de casación, resultó arbitrario, ilegal e infundado, por cuanto, por un lado, no hizo referencia alguna a que la misma había surgido durante el curso del debate y, por otro, tampoco se refirió sobre la pertinencia y utilidad de ese medio de prueba, no obstante lo previsto en el art. 403 de la manda procesal. Por lo que, el auto de mención carece de toda motivación en violación a lo dispuesto por el art. 155 del CPP.

En refuerzo de su posición, agrega que el testigo Coronel afirmó que presenciando el hecho estaban Carla Cordan y el hermano, y precisamente éste último es la persona referida por Luciano Cabral como Exequiel Cordan, y no obstante ello, el tribunal se negó a recepcionarle declaración conociendo que había sido testigo presencial del evento criminoso.

Aprecia que la versión del imputado da cuenta que no tuvo intervención en el hecho que se le atribuye en la elevación a juicio, sino en un momento anterior y lugar distinto, tratándose de una pelea a golpes de puño a una distancia entre una y dos cuerdas antes del lugar donde ocurriera el hecho investigado.

Por lo que, a su criterio, de ello se deriva la importancia de la noticia que existían testigos presenciales de la participación que le cupo a Luciano Cabral, de forma tal que la negativa del tribunal, lesionó el derecho de defensa.

b. Como segundo punto de agravio, esgrime ilogicidad de la sentencia, motivación insuficiente y violación del principio de razón suficiente en la valoración de la prueba. Refiere que una sentencia jamás puede

estar sustentada en declaraciones contradictorias de una infante -Carla Cordán- o el testimonio de un ebrio -Matías Fernández-, que tiene afectado su raciocinio y su entendimiento.

b.1. Advierte que la sentencia no explica debidamente las razones por las que le asigna eficacia conviccional a los dichos de los testigos Carla Cordán y Matías Fernández, en atención a las contradicciones de aquella y a la influencia que tuvo el estado de intoxicación alcohólica de este último.

b.1.1. Al abordar la declaración de la testigo Carla Cordán –menor de edad–, considera que la sentencia impugnada toma sus dichos en Cámara Gesell como una verdad revelada, como una prueba de cargo indestructible, lo que vulnera el principio lógico de razón suficiente porque sus dichos son contradictorios, y no se sustentan en las constancias de la causa.

Expresa que esa testigo proporcionó judicial y extrajudicialmente diversas versiones sobre los hechos bajo investigación, aspecto que impide asignarle certeza a sus declaraciones. Apunta que la Lic. Peralta informó que su relato carecía de espontaneidad y de criterios suficientes de realidad (fs. 232). Precisa que durante la investigación, en el marco de la primera Cámara Gesell practicada (fs. 114), la menor negó haber presenciado los hechos, y expresó que ese día se levantó a las diez de la mañana, y que concurrió en horas de la tarde a la casa de su tía Elsa Fuentes. Al respecto, puntualiza que la testigo Fuentes dijo durante la investigación que su sobrina le confió que había visto todo, que si bien no le dio precisiones acerca del lugar de los hechos, ni tampoco de las acciones ejecutivas desarrolladas, le señaló que allí estaban José Cabral, Luciano Cabral, Brian Santana, un tal “Toqui” y otro sujeto más que no recordaba, quienes le habían aplicado golpes de puño a la víctima, y que también habían utilizado palos de azadón y “ladrillos”, los que después cambiara por un “fierro”. Sin embargo, esa declaración no fue ratificada por la testigo en el debate oral, oportunidad en la que contradujo la versión de la menor al manifestar que ésta le había confiado que personalmente no había visto nada, que sólo escuchó que en el hecho habían participado “el Mono” (José Cabral), “el Toqui” (hermano de Santana), Exequiel Santana, Federico Olguín y una persona a quien le dicen “el Lucianito”.

Advierte que sus dichos también quedaron desvirtuados a partir de la declaración de su padre (fs. 782 vta.), la que fuera incorporada al debate por lectura. Refiere que el testigo no sólo ratificó la versión originaria de su hija, sino que, además, puntualizó que Carla se había mostrado dubitativa con relación al hecho ya que en algunas ocasiones manifestaba no haber visto nada, mientras en otras refería que le habían comentado los pormenores de la muerte del Joan. En cuanto a su segunda declaración, la que tuvo lugar durante el debate y en el mismo marco –Cámara Gesell–, asegura que presenta contradicciones lógicas que evidencia la fragilidad de su relato. Puntualiza que la testigo dijo, en esta oportunidad, que en el hecho habían intervenido cuatro personas: “tres gorditos y uno flaco”, y que al pasar frente a su domicilio, visualizó que Darío tiró el casco de la motocicleta de Joan a un desagüe.

Que aquellas tres personas eran Darío, “el Mono” (José Cabral), Luciano Cabral y el cuarto Federico Olguín, quienes además de pegarle con un palo a la víctima, lo hacían con un fierro, encontrándose ella a una distancia de unos doscientos metros. Sustenta su argumento en que resulta imposible y falso que la testigo haya observado a doscientos metros de distancia que la víctima era golpeada con un “fierro”, elemento éste que no es más que fruto de su imaginación, ya que no condice con ninguna de las narraciones de cualquiera de los testigos que depusieron en debate.

Además, refiere que mientras a su tía le dijo que a Joan le habían pegado con palos y “ladrillos”, este elemento es inexistente y también fruto de su imaginación. Al igual que cuando dice que vio que a la víctima le pegaban con un palo y con un fierro, mientras que Darío le pegó a Joan con una piedra pesada en la cabeza, siendo que antes había afirmado que eran ladrillos.

En su criterio, resulta absurdo el argumento al que recurre el tribunal en cuanto refiere que un palo es similar a un fierro (fs. 1263, punto “h”). Además, advierte contradicciones cuando la menor originariamente había dicho que desconocía totalmente el hecho, para luego, en debate, precisar que los que corrían a Joan eran tres gorditos -Darío, el Mono y Luciano- y uno flaco -Federico-. Que estos aspectos físicos no coinciden con las características de los acusados, en tanto el único de los imputados que luce “gordo” es José Cabral, mientras que Luciano Cabral que, por su actividad deportiva, no pesa más de setenta kilogramos. Cuestiona la metodología utilizada para recepcionarle declaración a la testigo menor de edad -el “CBCA”-, ya que, a su criterio, no sólo resulta antigua, sino que, además, sólo se puede utilizar cuando se trata de menores víctimas de abusos sexuales, siendo impropio su empleo para valorar la veracidad de un testimonio en un caso de homicidio.

Además, refiere que la profesional del CAI que interrogó a la menor incumplió con su obligación de informar detalladamente al tribunal de juicio sobre la personalidad de la misma, conforme lo prevé de los arts. 240 bis y 240 ter del CPP.

De este modo, concluye, no es posible asignarle el peso convictivo que la sentencia le reconoce a su testimonio, principalmente, en razón de: a) las contradicciones señaladas; b) que sus dichos resultaron desvirtuados por su primera declaración, como así también, por el testimonio de su padre y de su tía Elsa Fuentes; c) la utilización de métodos inadecuados para descubrir la veracidad del testigo menor de edad; y, d) que la identificación y participación de cada uno de los imputados no luce coincidente con las narraciones de cualquiera de los testigos que declararon en la causa, son elementos que impiden reconocerle el valor probatorio asignado en la sentencia.

b.1.2. Al analizar la declaración de Matías Fernández, señala que ninguna de sus manifestaciones pueden ser tenidas en consideración, porque no sólo se encontraba en un total estado de ebriedad al momento del hecho sino que, además, está acreditado que partió con la moto de Joan y no observó los hechos investigados.

Asegura que ni siquiera los padres de la víctima creyeron en su relato, porque lo señalaron como autor de una emboscada para provocar el encuentro belicoso entre los imputados y el occiso.

b.2. Manifiesta que en la sentencia se ha omitido valorar el testimonio del médico forense, que resulta relevante en cuanto a la descripción de las causales que produjeron las distintas heridas de la víctima. En tal sentido, el recurrente puntualiza en que el profesional detalló que las heridas en la cabeza de la víctima fueron provocadas con un elemento contuso cortante, mientras que la fractura de su tabique nasal no obedecía a los golpes propinados por José Cabral con un elemento de ese tipo sino que se trataba de una lesión que pudo ser producida por un elemento distinto, tal como un codazo, un objeto romo o algo similar. Considera que lo relevante de esa información es que coincide con el relato que hizo Luciano Cabral en cuanto dijo que le aplicó a Joan un fuerte cabezazo en la cara, a la altura de la nariz, lo que provocó el inmediato sangrado. Que ese sangrado es el que se mezcló con el que tenía su representado y que fue motivo de la indudable prueba de ADN, lo que permite concluir que ambos contendientes sangraron y de allí que la sangre que se encontró en la zapatilla de Luciano sea la propia y la de Joan.

b.3. Considera que los testimonios que resultaron inobjectables fueron los del Miguel Coronel y de Darío Tolosa, y que ninguno de ellos involucra a Luciano Cabral en la muerte de la víctima.

b.4. Entiende que la declaración de Luciano Cabral en orden a la pelea que tuvo con Joan Villegas es concordante con otras probanzas. A esa conclusión se arriba al considerar, entre otros aspectos, los siguientes: (i) el hallazgo del casco que utilizaba la víctima con manchas hemáticas en el lugar señalado por el imputado y ratificado por el testigo Coronel, cuando dijo que ese elemento fue tirado a un zanjón

por un menor que acompañaba a José Cabral cuando regresaba del lugar del hecho; (ii) las explicaciones del médico forense sobre la causa de la fractura nasal; (iii) la falta total de identificación del testigo Coronel acerca de la presencia y participación de Luciano Cabral en el episodio que provocó la muerte de la víctima; (iv) la confirmación del relato del imputado Darío Tolosa; (v) el arribo al kiosco de “el flaco Monzón” únicamente de Luciano y Federico; y, por último, (vi) que Luciano Cabral no posee las características físicas descritas por la testigo Carla Cordán.

Afirma que son incorrectos los argumentos que da el tribunal de juicio para desacreditar la versión de su representado –Luciano Cabral– (fs. 1265 y vta.), por resultar fruto de conjeturas absurdas e inverosímiles. De allí que estima erróneo que el sentenciante haya presumido la intención de matar de la conducta desplegada por Luciano Cabral de impedirle a la víctima que continuara huyendo (fs. 1259), lo que vulnera la regla de la culpabilidad penal en cuanto a que el dolo no se presume.

b.5. Concluye sus agravios formales afirmando la inexistencia de elementos de convicción suficientes para acreditar la participación de su asistido que no sea en la pelea con Joan, anterior a que éste fuera golpeado por José Cabral. Por lo que postula la aplicación del principio in dubio pro reo.

2.2. Vicios in iudicando

En otro tramo de su impugnación, el recurrente alega errónea aplicación de la ley sustantiva en relación a los arts. 45, 46 y 47 del CP. Refiere que distintas serán las posiciones si no hay coincidencia con la plataforma fáctica que se considera acreditada. Sostiene que como no existe prueba alguna que acredite que simultáneamente los cuatro imputados perseguían a Villegas, entre ellos Luciano Cabral, sumado a que la pelea en el kiosco de “el flaco Monzón” la llevaron a cabo sólo dos personas, y que José Cabral se incorpora a los hechos una vez que es anoticiado por su sobrino Darío Tolosa acerca de que Joan y Luciano se estaban peleando, resulta factible seccionar temporalmente las acciones que cada uno de los acusados llevó a cabo en los hechos que se investigan. Expresa que para que exista una coautoría funcional es preciso que exista un plan concreto, una división de tareas previamente consensuada, a lo que deben agregarse aspectos objetivos –referidos a la ejecución de la división común de tareas– y subjetivos –la decisión común al hecho, esto es, si los sujetos acordaron previamente la comisión común del delito–. Considera que, en el caso, no hubo acuerdo preexistente entre los imputados para dar muerte a la víctima, ni tampoco hubo división de tareas.

A esa conclusión arriba luego de afirmar que originalmente participan de una pelea Federico con Matías Fernández y Luciano con Joan; posteriormente, a considerable distancia, luchaba éste con Federico Olguín, oportunidad en la que se incorpora súbitamente José Cabral, toma un palo y le aplica distintos golpes en la cabeza a la víctima. Desde allí afirma que la acción de su pupilo no va más allá de las lesiones al fracturar el tabique nasal de Villegas por aplicación de un cabezazo a modo de defensa. En subsidio, solicita se encuadre la conducta de Luciano Cabral a los términos del art. 47 del CP.

Resume su postura ratificando que su representado sólo quiso mantener una pelea con Joan Villegas, para lo cual ambos se desafiaron previamente, sin conocer que su padre luego se incorporaría a la pelea que éste último mantenía con otras personas munido con un palo que terminaría con la vida de la víctima. Agrega que ni Federico Olguín ni Luciano Cabral sabían que Joan Villegas y Matías Fernández irían a comprar una cerveza al kiosco de “el flaco Monzón”, lo que desecha la existencia de cualquier plan previo. Formula reserva del caso federal.

2.- El recurso de casación del defensor de Axel Federico Olguín Moreno

La vía impugnativa incoada por el recurrente se funda en las previsiones contenidas en los incisos 1 y 2 del art. 474 del CPP, por entender que el resolutivo de origen adolece de vicios que pueden canalizarse

en ambos motivos casatorios. Luego de repasar ciertos pasajes de los fundamentos del fallo atacado, especialmente en cuanto a los hechos que el tribunal de juicio tuvo por acreditados, como también en cuanto a la calificación legal de ellos, manifiesta que en autos no existe prueba independiente para condenar al acusado.

Refiere que el sentenciante analizó y fundamentó los aportes efectuados por cada uno de los imputados, encontrándose debidamente motivados con relación a los acusados José Cabral y Luciano Cabral, pero que, a la hora de individualizar el aporte al hecho por parte de su defendido, se valió de las pruebas concretas existentes para con ellos, sin nombrar una sola prueba directa que determine que hubo contacto físico entre Olguín y la víctima, o bien la presencia del encartado en el lugar. Expresa que el a quo omitió valorar prueba dirimente, fundó su decisión con apreciaciones contradictorias, vulneró las reglas de la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba, todo en perjuicio a las garantías atinentes a la presunción de inocencia y al in dubio pro reo.

Desde allí, luego de afirmar que no resulta cierto que su representado haya reconocido haber estado en el lugar de los hechos, advierte la contradicción del juzgador cuando, por un lado, tiene por acreditado que existió una pelea previa a la agresión final entre José Fernández y Olguín Moreno en las cercanías del kiosco donde compraron cervezas y, por otro, aún cuando ese enfrentamiento hubiere existido se prolongó por un tiempo razonable para que Joan Villegas escapara –según las propias palabras de Fernández–. También considera demostrado que su representado formó parte de las personas que alcanzaron a la víctima y ejercieron violencia contra él, ocasionándole la muerte.

Afirma que Olguín no pudo haber llegado al mismo tiempo que el resto de los protagonistas puesto que, precisamente, lo retuvo la pelea. Que así lo declaró Fernández cuando dijo que él se puso a pelear con dos personas que venían encapuchadas, pero que pensó que con el tiempo que le había dado con la pelea, Joan había podido escapar. Reseña los dichos de José Fernández, Miguel Coronel, Carla Cordán y Darío Tolosa, y asegura que sus testimonios no fueron debidamente valorados por el sentenciante, porque no permiten acreditar la presencia de Axel Federico Olguín en el lugar donde se produjo la muerte de la víctima, ni tampoco que haya tomado parte en la ejecución del hecho, no sólo en cuanto el despliegue de violencia contra la víctima, sino también en orden a su neutralización.

Refiere que el testimonio de Tolosa fue arbitrariamente valorado, en tanto advierte una evidente intencionalidad de su parte en perjudicar a Olguín al tratar, en todo momento, de acomodar su versión a la estrategia defensiva de Luciano Cabral. Por último, agrega que el propio tribunal señaló que su representado carecía de móvil para matar a Joan Villegas. De este modo entiende que, sin modificar la plataforma fáctica fijada por el tribunal de sentencia, resulta demostrada la arbitrariedad en los argumentos dados para subsumir los hechos en las previsiones del art. 45 del C.P., por lo que solicita la revocación de la resolución en crisis y, en consecuencia, se case la sentencia y se absuelva a su representado por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP). Formula reserva del caso federal.

4.- El dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que los recursos de casación interpuestos por los letrados defensores deben ser rechazados (fs. 1356/1360 vta.).

a. En relación al recurso interpuesto por la defensa de Luciano Cabral, advierte que la estrategia de la parte quejosa consiste en dividir el hecho criminoso en dos momentos. Desde allí procura mostrar al encartado como una víctima que propinó sólo uno cabezazo al occiso a modo de defensa, pero que permaneció ajeno a aquella agresión “posterior”, distinta temporal y espacialmente, encabezada por su padre José Cabral, quien en definitiva causaría el deceso de Villegas.

A lo que agrega la defensa un cuestionamiento a la valoración de la prueba. Contrariamente a lo sostenido por el letrado defensor, entiende que la sentencia presenta un acabado análisis de la prueba, principalmente de las testimoniales rendidas, en conjunto con todo el plexo probatorio. En relación a los cuestionamientos sobre los autores y sus aportes al hecho investigado, repara en la evidencia científica que surge de la sangre hallada en la zapatilla del imputado, como prueba del contacto físico violento entre la víctima y el victimario. Señala que la versión alternativa dada por el acusado fue descartada por el tribunal de juicio por estimarla reñida con el resto del material probatorio. Entiende que la prueba testimonial no fue valorada de manera aislada, tal como lo presenta la defensa, sino en correspondencia con los demás elementos de prueba, que confirma el relato de los testigos respecto a la pluralidad de agresores, así como también, las características que asumió el acometimiento violento que acabó con la vida de la víctima. Respecto a los vicios sustantivos, tras reiterar que la defensa divide el hecho en dos momentos distintos, situando a su pupilo alejado temporal y espacialmente del homicidio, indica que ello difiere sustancialmente de la plataforma fáctica que el a quo tuvo por cierta, lo que conduce al rechazo formal de este agravio. b. En orden al recurso incoado por la defensa de Axel Federico Olguín Moreno, postula que el tribunal de sentencia contó con elementos de convicción suficientes para tener por acreditada la autoría y participación del encartado en el hecho investigado. Destaca el testimonio de Carla Cordán quien señaló al enjuiciado como uno de los sujetos que perseguían a Joan, a quien dijo lo conocía del barrio, ubicándolo además dentro del grupo de agresores que vio retornar luego del ataque pasando frente a su vivienda. Agrega que la intervención del enjuiciado en la agresión final resulta también acreditada con el relato de los demás imputados. Sustenta ello con la declaración de Darío Tolosa, cuyos dichos fueron calificados como creíbles por el a quo, quien ubicó a Olguín en el incidente que se produjo en el kiosco, como en la agresión final contra el occiso, sin que se hubieran advertido razones en el testigo para perjudicarlo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Conforme las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos de casación incoados por los defensores impugnantes no pueden recibir acogida favorable en esta instancia de revisión extraordinaria.

En efecto, estimo que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-094 Y 397-177, entre muchos otros), lo que en la especie no ocurre. Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los censurantes no han podido demostrar, constituyendo sus agravios una reedición de los planteos que efectuaran los recurrentes al momento de formular sus respectivos alegatos de cierre en la audiencia de debate, y que fueron contestados pormenorizadamente por el Tribunal de juicio en los fundamentos aquí analizados.

Ahora bien, antes de ingresar en el abordaje de los cuestionamientos defensivos, conviene efectuar de manera preliminar dos observaciones.

Por un lado, advierto que ambos recurrentes articulan sus críticas invocando la existencia de vicios sustanciales y formales en la resolución cuestionada.

Sin embargo, más allá de esa distinción, considero que en rigor, los vicios alegados por ambos defensores resultan ser de carácter estrictamente formal, porque la alegada inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva –vicio in iudicando– resulta consecuencia necesaria de la pretendida errónea valoración de la prueba –vicio in procedendo–.

Por lo tanto, razones de orden lógico y metodológico imponen la necesidad de iniciar la revisión del fallo impugnado a partir de las críticas que reposan sobre la suficiencia –o insuficiencia– probatoria alcanzada por el tribunal de mérito para tener por acreditados los extremos atacados; para luego, una vez resuelto aquél condicionante, analizar las inferencias de orden sustancial articuladas a través de ambas estrategias defensivas. Por otro lado, tal como se verá, percibo que muchos de los agravios formales presentados por ambos recurrentes superponen argumentos o dependen unos de otros. Esta situación precisa no sólo ser advertida en esta instancia sino, además, a los fines de un adecuado tratamiento de la totalidad de los cuestionamientos intentados, requiere que ellos sean agrupados cuando resulten comunes a ambos recurrentes.

Efectuadas esas consideraciones, corresponde dar tratamiento a los vicios denunciados.

a. Vicios in procedendo

En primer lugar, estimo pertinente expresar que no existe controversia alguna en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que produjo la muerte de Joan Villegas.

A esa conclusión arribo luego de observar que ninguna de las partes cuestionó que el fallecimiento se produjo el día 1 de enero de 2017, entre las ocho y ocho treinta horas aproximadamente, en la intersección de calle Prolongación Chacabuco y calle 5 de la ciudad de General Alvear (acta de procedimiento de fs. 01, croquis policial de fs. 02, acta de defunción de fs. 172, informe técnico de fs. 245/299).

Tampoco se presentan objeciones en orden a la causa del deceso de la víctima, esto es, que ese resultado mortal se produjo por «[d]ilaceración cerebral debida a traumatismo encéfalo-craneano», según lo describió el Dr. Beresiarte en la necropsia obrante a fs. 140/141, contenido que luego fuera ratificado íntegramente por el profesional durante el curso del debate.

En segundo lugar, tampoco se presenta margen para dudar acerca de la intervención directa en el hecho del coimputado José Cabral.

No sólo porque ese extremo fáctico no ha sido cuestionado, sino porque, además, los términos de su confesión durante el debate resultan completamente confirmados a través del material probatorio producido y debidamente incorporado en autos.

Efectuadas esas apreciaciones, tal como se adelantara, advierto que las críticas casatorias se centran en desacreditar el razonamiento efectuado por el tribunal de mérito para acreditar que tanto Luciano Cabral como Axel Federico Olguín intervinieron en la ejecución del hecho.

Para ello, la defensa del primero de los nombrados cuestiona la valoración de los testimonios de ciertos testigos para poner en duda que su asistido participó en la agresión final que provocó el fallecimiento de Joan Villegas. Desde allí propone como hipótesis explicativa de los hechos la versión desinriminatoria expuesta por el imputado a través de la que acota su intervención sólo al enfrentamiento físico -pelea a golpes de puño- que mantuvo con la víctima en un momento y lugar distinto al que se produjo el fallecimiento.

Mientras que la defensa de coimputado Axel Federico Olguín también ataca la labor axiológica desarrollada de la que se valió el sentenciante para demostrar que intervino, de manera activa, en el hecho final.

Desde su visión, no existe prueba independiente de aquella que fuera utilizada en la sentencia para resolver la situación procesal del resto de los acusados, que permita acreditar que Olguín tomó parte en la ejecución del suceso criminoso que se le atribuye.

Según la explicación de los hechos dada por el recurrente durante el debate, y que aquí reedita a modo de agravio casatorio, Olguín no sólo no se encontraba en el lugar en que se produjeron los hechos, sino que tampoco existió la posibilidad de que hubiera ejercido actos de violencia física o de neutralización sobre la víctima.

Sin embargo, tal como lo adelantara, estimo que no les asiste razón a los recurrentes en ninguna de sus alegaciones impugnativas, ya que no observo en fallo bajo análisis defectos de motivación en el desarrollo de sus fundamentos, ni contradicciones a los principios de la lógica y la experiencia que lo tornen inmotivado o arbitrario en cuanto a la determinación de la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta, ni en cuanto a la intervención de ambos coimputados en la ejecución del homicidio del occiso.

Con lo que, a mi juicio, los vicios denunciados por ambos recurrentes, a más de constituir una **reedición de planteos expuestos durante el debate**, los que fueron debidamente abordados y resueltos en la pieza impugnada, no presentan argumentos sólidos que permitan aquí la modificación de lo allí resuelto, lo que conduce a su rechazo. Veamos.

a. La sentencia dedica un segmento especial de sus fundamentos para analizar la prueba que acredita la **intervención** de cada uno de los coimputados en la ejecución del suceso criminoso objeto de acusación, así como sus respectivas aportaciones al evento final.

En tal sentido, tras afirmar que la **autoría** de José Cabral resultaba de la confirmación de los términos de su confesión con las resultas del material probatorio que acompaña la causa, el tribunal de grado precisó que la intervención de Luciano Cabral y de Axel Federico Olguín se desprendía de «[l]a prueba científica producida y de tres testimonios fundamentales, a saber: Miguel Coronel, Carla Cordán (bajo sistema audiovisual) y José Vicente Fernández» (ver fundamentos, fs. 1261).

En el orden señalado, el a quo efectuó un prolijo y riguroso estudio sobre los elementos de prueba colectados. Así, analizó la labor científica desarrollada por los profesionales que intervinieron durante la etapa de investigación, y que luego declararon en el juicio oral, a través de las conclusiones que da cuenta el informe elaborado por el Jefe del Laboratorio de Genética Forense (fs. 909/910), y en su antecedente previo (fs. 688/690). Pieza de la que surge con precisión que las muestras hemáticas que fueron levantadas por personal de Policía Científica de las zapatillas de Luciano Cabral, cuya utilización el día de los hechos fue admitida por el causante (denominada evidencia “QL046/17- Ind. 16”), y que fueron secuestradas de la casa de su progenitor –José Cabral- según a cuenta el acta de allanamiento de fs. 11, presentan la existencia de «[u]n perfil genético mezcla de al menos dos individuos. Dicho perfil genético es compatible con el perfil genético de “Villegas Gualpa, Alan Joan Leg. 251 [...] y de “Cabral Melgarejo, Luciano Javier”» (fs. 910).

El resultado de ese cotejo le valió al sentenciante para afirmar que «[l]a prueba científica prueba que, entre Luciano Cabral y Joan Villegas se produjo un contacto físico violento que produjo el sangrado de ambos, produciéndose la mezcla de sus fluidos sanguíneos en una muestra que quedó alojada en la zapatilla del imputado.

Así, sangre de la víctima en la zapatilla del acusado constituye un contundente indicio de su intervención en el hecho atribuido, fenómeno que a nuestro juicio no ha encontrado una explicación alternativa plausible» (ver fundamentos, fs. 1261).

Del mismo modo, el tribunal de mérito examinó en forma minuciosa el testimonio de Miguel Coronel, testigo presencial del hecho, cuyo relato fue calificado como incuestionable.

Según se desprende de la declaración efectuada en los primeros momentos posteriores al hecho, entre otras cuestiones, el testigo afirmó puntualmente que, desde la ventana de su domicilio ubicado sobre la calle 5 (ver fotografía de fs. 529/530) –lo que demuestra su carácter de testigo privilegiado– observó que varios sujetos «[e]ntre cuatro o cinco» llevaban «[a] una persona corriendo» (fs. 62). Aclaró luego que mientras uno corría –por la víctima–, dos o tres sujetos se desplazaban detrás suyo en su persecución; y que, cuando los perseguidores alcanzaron a la víctima, vió que «[d]espués que uno le pega fuerte y cae, y veo que uno le pegaba con un garrote[...] que el del torso desnudo le pegaba con un garrote» (fs. 62), siendo conteste con su ulterior declaración cuando describió que «[l]e empezaron a pegar entre todos, y en un momento se apartan todos menos el de torso desnudo, al que le dicen Mono, y él le sigue pegando con un garrote o un palo» (fs. 694 vta.).

Versión que, por último, también fuera ratificada completamente durante su deposición en la audiencia de debate (fs. 1262) Respecto de los autores de la persecución y posterior agresión grupal a la víctima, el testigo individualizó directamente entre sus responsables a José Cabral, refiriéndose a él como el sujeto que estaba «[c]on el torso desnudo» y a quién lo conocían como bajo el apodo “el Mono”; y, además, a Darío Tolosa, con quien había mantenido en una oportunidad anterior un altercado verbal.

No obstante lo cual, precisó que en los momentos en que ocurrían aquellos hechos, junto a él en la vereda de su domicilio, se encontraba un grupo de niños que miraban todo lo que pasaba, entre los cuales señaló con precisión a la menor Carla Cordán «[q]ue tiene once años, y dos hermanitos de ella, creo que más chiquititos, que estaban juntando cohetes que habían tirado la noche anterior»(fs. 694 vta.), de quien destacó sus afirmaciones en cuanto a señalar a “el Mono” como el responsable, así como también, que ella misma le dijo que quien había alcanzado a Villegas en su persecución había sido Luciano Cabral.

Es por esta circunstancia que, acertadamente, la sentencia reparó que Carla Cordán es un testigo presencial del hecho. En cuanto tiene que ver con la valoración de los testimonios de la menor, luego de un criterioso y exhaustivo análisis integral de los relatos efectuados en Cámara Gesell tanto durante la investigación penal preparatoria (fs. 114) como en el curso del debate oral (fs. 1229), el tribunal de juicio se inclinó por reconocerle un significativo peso convictivo de signo cargoso a su segunda declaración, oportunidad en la que: (a) describió con detalle los sucesos investigados; (b) identificó a los responsables, a quienes dijo los conocía del barrio, y especificó que a Joan Villegas lo perseguían “Darío, el Mono y el Luciano”, a los que agregó a otro sujeto, de contextura delgada, a quien nombró como “Federico” (fs. 1264 vta.) -; y, (c) detalló en qué consistieron los comportamientos ejecutados por cada uno de ellos.

Para justificar su decisión, y teniendo en cuenta que durante su primera declaración –en la etapa de investigación–, la menor se expresó en términos omisivos, expresando que no tenía conocimiento acerca del suceso investigado, mientras que durante su segunda entrevista, aseguró no sólo haber observado los hechos, sino que, además, detalló y describió con precisión la secuencia que los mismos asumieron, así como también, quiénes fueron sus responsables.

Esta situación, advertida por el tribunal de mérito, hizo que le dedicara un largo pasaje de los fundamentos del fallo a analizar acerca de cuáles fueron los motivos por los que la menor modificó el sentido y contenido de su relato.

Tal como lo explica la sentencia, comparto que la causa de ese cambio se comprende razonablemente si se consideran, entre otras, dos circunstancias, a saber: por un lado, el temor inicial que le provocó a la niña haber visto el comienzo, desarrollo y finalización del comportamiento agresivo de los causantes. Lo

que explica, también, su retraimiento y las respuestas omisivas efectuadas por la testigo durante su primera declaración. Por otro, que la posibilidad de poder expresarse durante el debate, haciéndolo desprovista del trauma que le representaba la presión a que era sometida por un miembro directo de su familia –su padre- para que ella negase todo cuanto supiera del evento criminoso.

Situación que encuentra su lógica explicación en que, al momento de prestar declaración durante el juicio oral, la niña fue alojada en un hogar perteneciente a la DINAF, luego de haber sido apartada de la vivienda familiar a causa de victimización delictiva.

Esta conclusión resulta de analizar esa actitud psicológica con lo observado por la profesional que la entrevistó durante la etapa de investigación.

A través de su informe, la Lic. Ivana Peralta, en su carácter de psicóloga del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, dejó constancia que la menor ingresó a la entrevista acompañada de su progenitor quien, a su vez, «[e]xpresó no estar de acuerdo con que se cite a la niña y además temer por las consecuencias de involucrar a su grupo familiar en el proceso de investigación».

Aspecto que, entre otros, le permitió concluir acerca de «[l]a falta de relato espontáneo, y la narrativa breve, limitada en tiempo y acciones, configuran un relato que no presenta criterios suficientes de realidad para ser categorizados», y, además, en la observancia de «[i]ndicadores que podrían haber mermado la motivación de la niña para declarar, como la reacción negativa de su entorno más cercano (actitud y temor del progenitor) a la instancia de declaración» (ver fs. 232 vta.).

Mientras que durante el debate se refirió expresamente a este asunto, al reiterar que el día en que la niña fue convocada, asistió junto a su progenitor a declarar, quien, frente suyo, le manifestó expresamente que “no se iba a hablar del tema” (fs. 1263).

Estos aspectos permiten descartar, como lo refieren ganancialmente los recurrentes, que se trate simplemente de versiones antagónicas o contradictorias. Es que, si bien la primera declaración claramente los beneficia, ya que allí la menor negó algún conocimiento de los hechos ocurridos, no pueden desconocerse las circunstancias que rodearon su deposición las que, a su vez, ratifican la decisión adoptada por el tribunal de mérito al resaltar y tomar como cierto, su segundo testimonio.

Existieron causas precisas y concretas para que la menor se haya comportado del modo en que lo hizo, las que fueron puntualmente señaladas y analizadas por el tribunal de sentencia, las que no sólo permiten explicar, y justificar, adecuadamente ese cambio en su relato, sino que también constituyen indicadores precisos de veracidad en su segunda declaración.

Pero a más de ello, y superado aquel obstáculo, también se observa un adecuado razonamiento en orden al valor convictivo que le reconoce la sentencia, cuando el tribunal de juicio comprueba la correspondencia entre el contenido de su testimonio con los restantes elementos probatorios incorporados a la causa (ver fundamentos, fs. 1263).

Verificada esa corroboración externa independiente, no queda más que compartir con el a quo que «[e]l testimonio de Carla Cordan es libre, sincero y enteramente veraz, no sólo por ausencia de interés en el resultado del juicio [...] sino porque constituyendo un relato real y de posible verificación en el contexto, señala con notable precisión los mismos detalles que Miguel Coronel a pesar de ser testigos independientes, introduciendo información que coincide con los demás elementos probatorios»(ver fundamentos, fs. 1263 vta.).

Esta conclusión resulta suficiente para descartar los cuestionamientos articulados por los defensores de los acusados que, con el fin de desacreditar –sin lograrlo– el grado de credibilidad asignado al segundo relato de la menor, alegan contradicciones e inconsistencias.

Ello en tanto, según lo adelantara, su testimonio ha sido correctamente valorado por el a quo, de manera tal que las oposiciones defensas sólo constituyen meras discrepancias con el valor convictivo atribuido. A ello cabe agregar que tampoco los recurrentes logran explicar debidamente la decisividad de las supuestas discordancias en su relato en relación al resultado final del fallo atacado, ya que resultó demostrada la comprobación periférica de sus dichos.

De este modo, si hubo divergencias, considero que se revelaron sobre aspectos y elementos netamente contingentes en orden a la materialidad de los hechos y la autoría que les cupo sobre ellos a los imputados. Es decir, y valga como ejemplo, si la niña dijo que el instrumento utilizado para agredir a la víctima era un palo, un ladrillo, un garrote o un “fierro”, en el mismo sentido que lo afirma el Procurador General en su dictamen, considero que ello no altera lo esencial de su relato, ni permite cuestionar la certeza adquirida a través suyo por el a quo sobre aquellos extremos de la acusación.

Lo mismo cabe decir acerca de las referencias al aspecto físico de los sujetos involucrados puesto que, en coincidencia con lo expuesto por el testigo Coronel, precisó que la persecución emprendida contra la víctima incluyó a los cuatro acusados, entre ellos obviamente a Luciano Cabral y a Federico Olguín.

Tampoco tiene asidero alguno la crítica efectuada acerca del método utilizado por los profesionales del CAI para la recepción de su testimonio, porque no sólo constituye una reedición de un planteo efectuado durante el debate, y tratado en la sentencia (fs. 1264), sino que tampoco la defensa arguye en esta instancia argumentos que permitan cuestionar las conclusiones allí alcanzadas expresamente sobre este punto. Asimismo, el a quo efectuó un riguroso estudio respecto de las circunstancias fácticas que rodearon el hecho, según la versión aportada por el testigo José Vicente Fernández cuyo relato, según reza acertadamente la sentencia, se vincula y complementa con los testimonios de Miguel Coronel y Carla Cordán.

En ese orden, el tribunal de juicio estimó que su testimonio resultaba de importancia ya que permitía acreditar que Joan Villegas huyó intempestivamente del lugar donde fue sorprendido por los agresores, emprendiendo un veloz desplazamiento a través del callejón hacia la calle Prolongación Chacabuco, sitio donde fue visto por aquellos dos testigos que relataron, de manera coincidente, que Villegas era perseguido por cuatro sujetos. Es decir, como lo afirma la sentencia, los tres testigos independientes – Coronel, Cordán y Fernández– dieron cuenta de la persecución de Joan Villegas por cuatro sujetos (fs. 1264).

En cuanto al cuestionamiento acerca del elevado nivel de ingesta alcohólica que presentaba el deponente al tiempo de los hechos, y su virtual incidencia para desacreditar sus dichos, la sentencia repara expresamente sobre esa cuestión.

En el análisis sobre este aspecto, el a quo destacó varios comportamientos efectuados por el sujeto en momentos previos, concomitantes e inmediatamente posteriores a los hechos investigados lo que, a su juicio, le valió para concluir en que, aún cuando pudo haber consumido alcohol, ello no permitía concluir en una supresión de sus facultades mentales que le hubieran impedido adquirir el conocimiento sobre los acontecimientos que efectivamente vivenció los que, además, resultaron «[t]an básicos y grotescos que no requieren actividad interpretativa alguna» (fs. 1268 vta.). Por lo demás, no advierto arbitrariedad en el análisis que, a su respecto, efectúa el sentenciante, y que permite rechazar el agravio expuesto en este sentido.

b. Conforme el marco probatorio brevemente señalado, cabe concluir que no existe ninguna duda sobre la **contundencia convictiva** que emerge de los elementos de prueba debidamente valorados, a fin de

tener por suficientemente acreditada la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta por el tribunal de grado.

Ello en tanto, en cuanto aquí nos importa, se impone como conclusión fáctica, lógica y razonada, que los coimputados Luciano Cabral y Axel Federico Olguín, junto a José Cabral y otro sujeto, persiguieron a la víctima, la alcanzaron, y que a través de intenso y feroz ataque físico, que incluyó golpes de puños y puntapiés sobre su cuerpo, le provocaron lesiones en su cuerpo las que no solo le impidieron su fuga, sino que, en su conjunto, provocaron de manera determinante el deceso del Joan Villegas.

c. Como consecuencia necesaria de lo analizado en orden a la corroboración de los hechos objeto de la acusación, no cabe otra alternativa más que también compartir, por la solvencia del razonamiento en que se sostiene, que el tribunal de grado haya descartado aquellas versiones alternativas que propusieron durante el debate los defensores de cada uno de los imputados, y que aquí reeditan a modo de vicios casatorios, en procura de desvincular causalmente a sus pupilos de los hechos juzgados.

c.1. En primer orden, acierta el juzgador cuando refiere que la versión exculpatoria que ensayó en su defensa Luciano Cabral resultaba inverosímil, al no sustentarse en los elementos de prueba que acompañan la causa. Según entiendo, resultó debidamente desacreditado que Luciano haya mantenido una pelea con Joan a la salida del Callejón Ojeda, en la calle Prolongación Chacabuco, hasta la vivienda de “Doña Antonia”, ubicada sobre esa misma arteria entre la casa de Vicente Fernández y de la familia Cordán, lugar donde alega, se habría quedado mirando mientras su padre le propinaba los golpes con un palo a Villegas.

Por el contrario, los diversos y múltiples elementos probatorios incorporados demuestran que el contacto físico entre víctima y victimario, que produjo el sangrado de ambos y la confluencia de sus fluidos sanguíneos en una muestra que quedó alojada en la zapatilla del imputado, se produjo en el mismo lugar donde fue encontrado el cuerpo de la víctima sin vida; sitio al cual, Luciano Cabral arribó corriendo en persecución del fallecido, interviniendo activamente en la agresión que ocasionó su muerte.

Además, la evidencia científica recabada no hace más que corroborar ese acontecimiento del mismo modo en que lo juzga cierto la sentencia.

Ninguna de las alegaciones que propone la defensa en detrimento de esa conclusión, logran sustentar siquiera mínimamente una duda al respecto. Por un lado, no hay prueba que permita siquiera sustentar mínimamente la duda sobre ese enfrentamiento previo.

Su versión se contrapone con la realidad de los hechos descripta por los testimonios de dos testigos totalmente independientes, como lo son Coronel y Cordán, como también de Marcela Olguín, quien resultara propietaria del kiosco al que la víctima, junto con Fernández, acudieron esa mañana a comprar cerveza. Basta aquí con señalar que los relatos de Coronel y de Cordán permiten descartar que Luciano Cabral y Joan Villegas hayan mantenido una pelea con desplazamientos físicos hasta la casa de “Doña Antonia”, y que desde allí Luciano haya asumido una actitud netamente pasiva de los hechos. Nótese que la de ésta se ubica precisamente entre las viviendas de aquellos dos testigos.

Por lo tanto, como lo refiere la sentencia, «[e]s inverosímil que Miguel Coronel, desde la vereda de su casa, visualice los eventos violentos incluso en el retorno de los agresores, y al mismo tiempo no haya visto ni oído una pelea cercana a la vivienda, ni al propio imputado quedarse en el lugar[...]; resulta contundente en este orden que Coronel nunca vio a Luciano Cabral parado en la calle a la altura de la vivienda de doña Antonia, y menos aún sangrando» (fs. 1265 vta.).

Tampoco se constataron rastros físicos que permitan confirmar la aplicación de un golpe en la cabeza de Luciano Cabral con el casco de la víctima (ver fs. 96).

La fractura del tabique nasal que presentó el occiso, y cuya existencia resultó certificada a través de la necropsia que rola agregada a fs. 140/141, debe ser incluida junto con las demás lesiones que le fueron ocasionadas a Villegas por sus agresores, dentro de un mismo contexto fáctico, en lo que hace a las circunstancias de espacio y tiempo.

Repárese que la causa de la muerte no se explica sino a partir de la certeza adquirida acerca del **ataque grupal y violento propinado, en conjunto, y de manera progresiva, por todos los acusados**; embestida que tuvo su inicio y finalización en un único y mismo espacio físico, esto es, aquel lugar donde fue hallado el cuerpo del sujeto fallecido.

Tampoco advierto omisión de consideración de las expresiones del médico forense que realizó la necropsia –Dr. Bereziarte–, tal como lo refiere la defensa de Cabral.

En tal sentido, esa fractura del tabique nasal resulta enteramente compatible con la modalidad que asumió el ataque, y que determinó causalmente el homicidio.

Desde allí se observa que la víctima, además de las lesiones en el cráneo que produjeron la pérdida de masa encefálica, presentó otras lesiones que no presentaron un origen contuso-cortante y que, sin embargo, no por ello habilitan a desvincular del resultado mortal a quienes intervinieron activamente a través de ataques con sus puños o aplicando puntapiés sobre el fallecido.

Vale la pena recordar que Villegas no sólo fue atacado con un palo en su cráneo sino que, también, fue abordado con golpes de puño y puntapiés sobre su cabeza y resto de su cuerpo.

De allí que resulta a todas luces lógico, y de sentido común, concluir en que efectivamente todos esos golpes propinados sobre la cabeza de la víctima mientras se encontraba tendida en el suelo –en el mismo lugar en que luego fue hallada sin vida-, aún cuando alguno de ellos fuera ejecutado sin el empleo de un elemento contuso-cortante, resultaron compatibles con las heridas constatadas sobre su cráneo, entre las que no puede excluirse la fractura de su nariz.

Por lo tanto, comparto con el a quo en que no existe ningún elemento que permita, como lo postula la defensa de Cabral, separar dos tractos sucesivos e independientes en la agresión plural que determinó la muerte de Villegas.

La versión que al respecto brindó Darío Tolosa, así como el resto de su deposición, fue exhaustivamente analizada por el sentenciante, quien luego de advertir las particular circunstancia de que se tal sujeto se encuentra vinculado efectivamente al resto de los acusados, y que tiene un especial interés en el resultado de la causa, concluyó en que «[c]omo consecuencia de su carácter de testigo presencial, el joven ha amalgamado aspectos reales con elementos falsos, afectando la coherencia interna y externa del testimonio, lo que al parecer motivó que ninguna de las partes hiciera énfasis en sus dichos» (fs. 1266 vta.).

En particular, el tribunal notó en su relato una «sugestiva premura» por introducir una pelea entre Joan y Luciano con expulsión de sangre de ambos contrincantes a pesar de no haber sido interrogado sobre ese extremo.

No obstante lo cual, desacreditó ese segmento de su declaración al advertir diferencias notables aún con respecto a la propia versión de Cabral.

Si bien ambos recurrentes cuestionan la valoración del testimonio de Tolosa, aún cuando uno pretenda valerse de su relato para comprobar su hipótesis alternativa –defensa de Luciano Cabral-, mientras que el otro señala la arbitrariedad del tribunal en la interpretación de sus dichos, al no considerar que el deponente evidenció la intención de perjudicar a su asistido en beneficio de Cabral –defensa de Olguín–, estimo que ambas críticas no tienen asidero probatorio alguno.

Primero, porque la versión de Tolosa sobre el supuesto enfrentamiento inicial y previo al que determinó la muerte de Villegas, contradice fácticamente las alegaciones referidas por el propio coimputado Cabral a través de su declaración indagatoria en debate.

Segundo, porque el tribunal descartó fundadamente que existan razones que hagan presuponer el interés de Tolosa de perjudicar a Olgúin (fs. 1267). Con lo que, descartada esa posibilidad, también decae la versión introducida por el acusado durante el debate para justificar el hallazgo de fluidos sanguíneos. Considero que resulta más verosímil que la confluencia de líquidos hemáticos detectada a través del informe del laboratorio de Genética Forense se corresponde con los acometimientos violentos que Luciano efectuó contra la humanidad de la víctima, ocurridos en el único hecho que derivó en el resultado fatal.

c.2. En segundo término, tampoco resultan atendibles los argumentos que inspiran la crítica del defensor del coimputado Axel Federico Olgúin.

En tal sentido, si bien la defensa critica la inexistencia de «prueba independiente» para individualizar el aporte al hecho común de su pupilo, lo cierto es que no puede obviarse que la reconstrucción histórica de un suceso criminoso con las características particulares que reviste el presente caso, difícilmente pueda observarse un **curso probatorio individual e independiente** respecto de cada uno de los coimputados.

Conforme lo ha sostenido en forma reiterada esta Sala, «[l]os **medios de prueba no constituyen compartimientos estancos**, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta;...» (L.S. 388- 219).

Y que «[e]l sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de la unidad de la prueba**, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398- 42)» (L.S. 401-188).

Pero más allá de ello, estimo que en autos no existe ninguna duda alguna que permita desvincular a Olgúin de la persecución y posterior agresión final que desencadenó la muerte de la víctima. En concreto, a través de la coincidencia analizada entre los testimonios de Tolosa, Coronel y Cordan, en cuanto testigos directos y presenciales de los hechos investigados, quedó demostrada su presencia en el lugar donde acaecieron los sucesos juzgados.

Del mismo modo, se acreditó suficientemente que participó en la persecución que se inició ante la huida de la víctima del lugar donde se desarrolló el primer encuentro violento, como también, que una vez alcanzado, su intervención se concretó materialmente en los múltiples golpes de puño y puntapiés que le propinó a Villegas, los que integralmente desencadenaron el resultado letal.

Es que tal y como lo relata la sentencia, el testigo Coronel dijo que a la víctima le pegaban entre todos (fs. 1262); a su vez, declaró la menor Cordan y refirió que entre los cuatro le pegaban, precisando que ellos eran “Darío, el Mono, el Luciano y el Federico”, sujetos que conocía previamente del barrio en el que vivía (fs. 1264 vta.), a los que no sólo visualizó desde la vereda de su casa cuando todos lo agredían a Joan Villegas, sino que también, cuando después de haber culminado con ese ataque sobre la víctima, se alejaron del lugar y pasaron frente a su domicilio.

Declaraciones que se empalman lógicamente con los pasajes de la declaración de Darío Tolosa que, a criterio del tribunal, resultaron creíbles. En especial, porque es él quien introdujo a través de su relato los puntapiés que le propinó Federico Olgúin a la víctima. De acuerdo a la dinámica que asumieron los hechos, tampoco resulta incompatible que Olgúin haya intervenido, como lo hizo, en la agresión inicial que tuvo lugar en las afueras del kiosco en la ubicado en callejón Ojeda denominado “del flaco Monzón”, y luego en la persecución y posterior ataque de los acusados contra la humanidad de la víctima, aún cuando aquél enfrentamiento primario que mantuvo con Fernández se prolongó durante un cierto período de tiempo, que determinó la huida del lugar de Villegas.

Ello en tanto resultó demostrado que la persecución de Villegas se inició inmediatamente luego de que Joan abandonara su motocicleta y huyera del lugar en el que su compañero –Fernández- había resultado atacado. De allí que pierde verosimilitud la versión que pretende colocar a Olgúin en el lugar de los hechos, después de producida la muerte de la víctima. Todos los testigos de mención confirman la presencia de Olgúin en el teatro de los hechos, y su activa participación durante toda la secuencia fáctica que determinó el fallecimiento de la víctima.

Con lo cual, la explicación alternativa propuesta por la defensa de Olgúin, pierde sentido al no encontrar sustento probatorio alguno en la causa.

No sólo no se ha omitido valorar prueba, sino que tampoco el razonamiento del a quo resulta contradictorio, ni mucho menos violatorio de garantía alguna.

Todo ello no hace más que demostrar la inconsistencia y la debilidad del argumento defensivo, lo que conduce a su rechazo.

d. En definitiva, y por las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que el tribunal ha logrado llevar adelante una **correcta reconstrucción histórica de los sucesos**, que responde a una valoración racional de los elementos de prueba obrantes en autos, sin que los agravios expuestos por las defensas de los coimputados logren conmover los términos de la acusación dirigida en contra de sus asistidos. La conclusión del fallo, en cuanto afirma los extremos de la imputación aquí discutidos (materialidad y autoría), constituye la derivación razonada del derecho vigente y de las pruebas habidas en la presente causa; descartándose así infracción a regla alguna de la sana crítica racional en la actividad de valoración del plexo probatorio producido y debidamente incorporado en autos, así como tampoco el desconocimiento del principio del in dubio pro reo, desde que la duda, en tanto repercusión de la garantía de inocencia como posición del juez respecto de la verdad –frustrada-, no sólo no surge de los fundamentos que el tribunal de mérito expuso, sino tampoco de aquellos argumentos formulados en los recursos aquí tratados. Por lo tanto, los agravios vinculados a la falta de motivación del acto sentencial por errónea valoración de la prueba, no deben acusar recibo favorable en esta instancia de revisión.

b. Vicios in iudicando

En lo que respecta al segundo tramo de los planteos defensivos, estimo que ninguno de los recurrentes logra exponer una argumentación jurídica sólida que sustente adecuadamente sus agravios.

Si bien resulta cierto que ambos cuestionan la autoría y la responsabilidad atribuida a sus respectivos defendidos, no es menos cierto que en relación con ello no hacen más que reeditar sus perspectivas críticas sobre la valoración de la prueba, sin aportar argumentos que desvirtúen la sentencia como acto jurisdiccional acorde a derecho.

En efecto, y como se advierte, los defensores técnicos en lugar de argumentar jurídicamente la alegada errónea aplicación del derecho, se limitan a reiterar su posición frente al cuadro probatorio e indiciario discutido en la instancia del debate oral.

En ese orden de ideas también se observa que ambos defensores asientan sus respectivas impugnaciones sustanciales luego de trastocar la plataforma fáctica que el tribunal a quo tuvo por probada.

Así lo hace la defensa de Luciano Cabral cuando, con el objetivo de descartar la coautoría de su asistido con el hecho endilgado o, en su defecto, encuadrar su comportamiento bajo los términos del **art. 47 del CP., divide el suceso fáctico en dos momentos distintos**, situando a su pupilo alejado temporal y espacialmente del homicidio de la víctima.

La misma estrategia utiliza el defensor de Olgúin cuando, para justificar la aplicación del principio de inocencia (art. 2 del CPP), ofrece una hipótesis alternativa de sentido desincriminatorio que lo tiene a su representado fuera del escenario donde se sucedieron los eventos juzgados.

Al respecto, cabe mencionar que quien modifica la plataforma fáctica sobre la que se procura realizar una interpretación jurídica diversa a la de la sentencia, confunde en su estrategia argumentativa los niveles formales y sustanciales del razonamiento del Tribunal de mérito. Ello por cuanto resulta un requisito que hace a la esencia del control casatorio, que el recurrente que invoca un vicio sustantivo deba ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, los que no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior. Así lo ha dicho esta Sala cuando al afirmar que «[l]a invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464- 080).

En consecuencia, considero que los agravios relativos a la arbitraria y errónea aplicación del derecho en lo que respecta a la determinación de la responsabilidad de ambos encartados -Luciano Cabral y Axel Federico Olgúin- como coautores del delito que se les atribuye, calidad con la que se calificó acertadamente sus respectivos aportes en la ejecución del delito investigado, han de ser descartados, en tanto sus respectivos puntos de vista no fueron mínimamente fundamentados en derecho, además de sustentarlos en una plataforma fáctica diversa a la tenida por históricamente cierta en la sentencia.

Más allá de lo expuesto, debe señalarse que, fijada la plataforma fáctica, la responsabilidad de ambos acusados como coautores del delito objeto de juzgamiento, resultó verificada en el razonamiento del tribunal de mérito, puntualmente a fs. 1269/1272.

Es en este tramo de la sentencia donde el órgano juzgador, además de analizar los aspectos objetivos del ilícito en cuestión, profundizó su examen en cuanto a la determinación del grado de intervención criminal que le cupo a cada uno de los enjuiciados en su ejecución, para concluir, acertadamente, que los comportamientos de cada uno de ellos presentaron las características que exige **el art. 45 del CP.** para reputarlos como **coautores de homicidio simple**.

En primer lugar, consideró que los imputados actuaron en los hechos de común acuerdo, es decir, que los aportes realizados por cada uno de los intervinientes «[e]stuvo vinculado por un **acuerdo tácito** sobre el núcleo del contenido de ilícito».

Así, luego de advertir sobre la vinculación de los comportamientos de José Cabral, Luciano Cabral y Axel Federico Olgúin en orden a la persecución de una misma persona a quien, luego de alcanzarla, le aplicaron la máxima violencia física posible, entendió que «[s]i bien **no hubo un acuerdo premeditado** para agredir a la víctima, pues los acontecimientos se desarrollaron de manera repentina, es evidente que cuando se

lanzaron en persecución todos con el mismo objetivo estaban unidos por un acuerdo que, si bien tácito, los hacía actuar en conjunto. Es evidente que ninguno de los imputados, en solitario hubiera perseguido a la víctima, pues en tal caso se expondría al mismo peligro» (fs. 1270).

En segundo lugar, el a quo entendió que si bien ninguno de los acusados por sí sólo dominó completamente el hecho, sí tuvieron el **pleno control del aporte** que realizaba cada uno a la contribución global.

Ello en tanto cada uno de los intervinientes «[p]odía retirar el aporte personal o continuar con el mismo de manera libre y en cualquier momento», y que, pese a encontrarse con la posibilidad de «[a]bandonar la persecución y también, una vez que alcanzaron a la víctima, evitar la agresión e incluso retirar el aporte mientras el delito no se hubiere consumado», los acusados «[o]ptaron por continuar la agresión hasta el resultado final» (fs. 1270).

En tercer lugar, consideró que los comportamientos de los coimputados Luciano Cabral y Axel Olguín se materializaron durante la etapa de ejecución del delito juzgado (art. 45 del CP.), fase que no puede resultar establecida en el «[m]omento en que José Cabral aplica sobre la víctima los golpes con el palo sino en las acciones inmediatas anteriores al desarrollo de la violencia física que no sólo genera indefensión, neutralizando la fuga y resistencia de la víctima, sino que comienza a afectar la integridad física que luego, en forma progresiva, produce la muerte.

Por lo tanto, la acción inmediata anterior al verbo típico se produce en la persecución que realizan los imputados segundos antes del ataque, pues a través de dicha acción están poniendo una condición esencial para matar, esto es la indefensión de la víctima» (fs. 1271).

Por último, entendió que la calidad de los aportes de cada uno de los coimputados, en tanto coautores del homicidio, resultaba demostrada de su esencialidad.

De este modo, a juicio del sentenciante, si se suprime el aporte de Luciano Cabral, la víctima habría podido completar la fuga del lugar y, con ello, José Cabral jamás habría alcanzado a Joan Villegas y menos aún agredirlo con un palo. Mientras que, con relación a Axel Olguín, al quitar su aporte, la víctima no habría sufrido una agresión conjunta que disminuyera sus posibilidades defensivas, «[p]ues tenía la contextura y la preparación física necesaria para enfrentar a una sola persona sin peligro de muerte» (fs. 1271 y vta.). Todos esos aspectos resultaron alcanzados por el conocimiento de los intervinientes.

Así lo destaca la sentencia cuando repara en que, «[e]l dolo que ha guiado al imputado Luciano Cabral aparece patente no sólo por las motivaciones, sino porque conoce acabadamente que la persecución que emprendió generaba las condiciones necesarias para poder matar a la víctima, pues Villegas escapaba hacia un lugar en el que no podía defenderse por sí ni con la ayuda de terceros.

Luego, el aporte de neutralizar la fuga se realiza con pleno conocimiento de que ponía a la víctima en situación tal que un posterior ataque conjunto de los demás agresores resultaba apto para producir la muerte, máxime si uno de ellos tenía un elemento tan contundente como el fragmento de madera[...] luego, un ataque de tal intensidad provoca un resultado muerte que en el caso de Luciano y de José Cabral es querido, y si bien en el supuesto de Olguín no hay antecedentes previos, no podrá sorprenderle». Mientras que con relación al coimputado Olguín, dice el juzgador que «[m]ientras persigue conoce con precisión que también lo hacen sus coautores, cuyo aporte cuenta pues en caso de obrar sólo no hubiera ejecutado ninguna de las acciones por peligro que encerrarían para sí mismo.

Por tanto, y al igual que los demás imputados, conoce también con precisión que persiguiendo a la víctima hacia una zona de indefensión, que todos conocen por vivir en el barrio, la expone al riesgo de que una

posterior acción conjunta y plural, perseguida por todos, termine con su vida. Obra por ende, al menos, con dolo eventual de muerte» (fs. 1271 vta./1272).

Señalado cuanto precede, no puedo sino compartir las conclusiones alcanzadas sobre este extremo de la imputación –coautoría- por el tribunal de mérito.

Si bien es cierto que en la sentencia se analiza la codelincuencia a partir de los criterios doctrinarios que informan lo que comúnmente se denomina como “**coautoría funcional**” (fs. 1269 vta.), no puede soslayarse que cualquiera sea la perspectiva de análisis dogmático que al efecto se siga, la solución jurídica se mantiene invariable. Comparto el acierto del juzgador cuando, por los sucesos investigados, los intervinientes son considerados coautores (art. 45 del CP) del homicidio.

Ello por cuanto, según lo transcrito de modo precedente, resultó demostrado que Luciano Cabral y Axel Olgúin, junto a otros sujetos, sobre la base a un acuerdo mutuo y no premeditado –porque los acontecimientos se desarrollaron de manera repentina–, que tuvo por finalidad causar la muerte de la víctima, tomaron parte en la ejecución del hecho final.

Así, a través de una clara **división de tareas**, distribuidas entre ellos según las diversas funciones que se fueran asignando en el desarrollo del plan delictivo cuyas pautas generales han sido demostradas en el debate, los dos tuvieron probado asentimiento en el despliegue de comportamientos necesario para lanzarse en persecución de la víctima, interrumpir su huída y neutralizar la defensa por ella y, por último, aplicar la máxima violencia posible mediante una agresión física grupal, que le provocó las lesiones que ocasionaron, en su conjunto, el resultado final –muerte de Joan Villegas–.

Así, las conductas de estos no son separables ni responden a sucesos independientes ni desconectados entre sí. Por el contrario, ha quedado claro que la persecución, neutralización y ataque físico, grupal y progresivo, configuraron una continuación de la acción iniciada inmediatamente del suceso ocurrido en el kiosco de “el Flaco Monzón”.

Estas relevantes circunstancias, según lo veo, refuerzan la razonabilidad de la fundamentación de la sentencia en crisis en los aspectos vinculados al encuadre normativo de la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta, estrechamente en orden al grado de intervención criminal de ambos acusados en el hecho final. Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de los acusados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto a fs. 1290/1303 vta. por la defensa del acusado Luciano Cabral.
- 2.- Rechazar el recuso de casación interpuesto a fs. 1321/1327 vta. por la defensa del acusado Axel Federico Olguín Moreno.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Tíndaro Fernández para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

19- ARDUINI. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcArduini.pdf

Lex: Art. 84, 2° supuesto del CP. Art. 474, inc. 2° del CPP

Vox: Homicidio Culposo. Variación de la Plataforma fáctica. Valoración de la prueba. Autopuesta en peligro de la víctima. Competencia de la víctima.

Summa:

El **Cuarto Juzgado Correccional** condenó a la señalada a la pena de **tres años de prisión** de ejecución condicional y diez años de inhabilitación para conducir como autora del delito de homicidio culposo (art. 84, segundo supuesto del CP.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP), alegando vicios in procedendo. Argumenta que la sentencia es aparente y arbitraria como derivación de una variación de la plataforma fáctica, una incorrecta valoración de la eficacia conviccional de la prueba y autopuesta en peligro de la víctima.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6.628, pronunciada por el Cuarto Juzgado Correccional (Hoy JPC N° 2) -1° CJ.

Parágrafos destacados

“De igual modo, el error fue puesto de manifiesto durante la audiencia de debate, oportunidad en la que tanto el órgano acusador como quien hoy recurre formularon todas las preguntas que estimaron convenientes a fin de aclarar ese extremo de la acusación. No puede dejar de señalarse, además, que los elementos de prueba en los cuales se basó **modificación de la plataforma fáctica** aquí cuestionada, fueron finalmente incorporados al proceso, sin que las partes formularan ninguna objeción”

“Por el contrario, el **comportamiento de la víctima** no sólo fue tenido en cuenta, sino que fue objeto de análisis desde las diferentes perspectivas doctrinarias, sosteniendo la jueza interviniente que «lo cierto es que su conducta antirreglamentaria [cruzar en diagonal y fuera de la senda peatonal] contribuyó también al resultado típico», sin embargo «la actuación de la víctima no fue el factor único que condujo al accidente, decisivo hasta el punto de constituir una interrupción del nexo causal entre la conducta del otro y el resultado» (fundamentos, fs. 359 vta./360).”

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

(D.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04053243-3/1((011204-17916)) FC/ARDUINI SPEDALETTI SILVIA VIVIANA P/HOMICIDIO CULPOSO (17916) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104111373*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04053243-3/1, caratulada “FC/ ARDUINI SPEDALETTI, SILVIA VIVIANA P/ HOMICIDIO CULPOSO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de la imputada Silvia Viviana Arduini Spedaletti interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 6.628 y sus fundamentos (fs. 351 y vta. y 351/361 vta.), en tanto condenó a la nombrada a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y diez años de inhabilitación para conducir como autora del delito de homicidio culposo (art. 84, segundo supuesto del C.P.); pronunciamiento dictado en autos N° P-17.916/13 por el entonces Cuarto Juzgado Correccional.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución impugnada

El tribunal a quo resolvió del modo precedentemente señalado por considerar acreditado que «[...] el día 19 de Febrero del año 2013, aproximadamente a las doce treinta horas, la imputada ARDUINI SPEDALETTI SILVIA VIVIANA conducía una camioneta marca Honda modelo CRV, dominio ENS-352 por calle Ozamis del distrito de Gutiérrez del Departamento de Maipú de la Provincia de Mendoza. Lo hacía de Norte a Sur. Por la misma arteria cruzaba la víctima –peatón– y a la altura municipal N° 1183 de Oeste a Este, a unos metros, de la senda peatonal, de Ozamis y Carlos Paz. En un momento dado, y a una velocidad peligrosa, no permitida, previo frenar por aproximadamente nueve metros embistió en la banda Este a la víctima Sara Martín. La desplazó varios metros –más de 35 metros– hasta quedar frente a la numeración municipal N° 1161, próxima al cordón de la vereda. Consecuencia del impacto la víctima falleció inmediatamente como se certifica a fs. 204 de autos» (fundamentos, fs. 356 vta.).

Para así decidir, la sentenciante valoró el resultado de la necropsia practicada a la víctima de autos, las declaraciones brindadas por la médica y bioquímica forense, las efectuadas por los oficiales de Policía que efectuaron las pertinentes actuaciones y los testigos presenciales Galeano, Pelegrina y Sartorio, el informe técnico elaborado por Policía Científica, el acta de procedimiento y croquis ilustrativo del lugar del hecho con los que se iniciaron las presentes y la versión de los hechos dada por el imputada en ejercicio de su derecho de defensa material.

2.- Recurso de casación

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 2° del C.P.P., por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Señala que la sentencia cuestionada es aparente y arbitraria como derivación de una incorrecta valoración de la eficacia conviccional de la prueba. En ese orden, expresa que se ha visto afectada la plataforma

fáctica atribuida a su defendida, puesto que en la elevación a juicio obrante a fs. 238/240 se sostiene que el lugar de impacto fue al oeste del carril Ozamis y en el debate esa circunstancia se tomó como un error de interpretación.

Señala que esa defensa estaba preparada para defender la plataforma fáctica enunciada en la elevación a juicio y ésta quedó totalmente desacreditada en el debate, lo que afectó el derecho de defensa. La defensa de la imputada entiende que es arbitraria la valoración que la a quo efectuó de la declaración de María de los Ángeles Casanova, en tanto la consideró fundamental, a pesar que la testigo expresó tener poca experiencia en la confección de pericias. Ésta constituye, a criterio de la recurrente, una prueba de descargo esencial.

Sostiene que la sentenciante no ha considerado de modo alguno lo actuado por la perito en el lugar del accidente y que, de haberlo hecho, se modificaría sustancialmente la decisión impugnada. Manifiesta que el análisis de las declaraciones que la sentenciante realiza a fs. 12 y 15/16 es arbitrario y contrario al principio in dubio pro reo.

Finalmente, sostiene que en autos se configura una autopuesta en peligro de la víctima, dado que ésta cruzó la arteria de forma intempestiva y sin tomar el recaudo de cruzar por la senda peatonal o por la esquina de la arteria, violando lo dispuesto por el art. 47 de la Ley 6082, tal como esa defensa sostuvo en los alegatos. En función de lo expuesto, solicita la anulación del fallo impugnado y formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto por la defensa de Arduini Spedaletti debe ser rechazado, en tanto el a quo valoró el plexo probatorio obrante en autos y las circunstancias del hecho, dando claras razones por las cuales arribó a la certeza para condenar a la imputada por el delito de homicidio culposo (art. 84, segundo supuesto del C.P.).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de la imputada, en razón de no verificarse en la sentencia impugnada ninguna de las falencias denunciadas. Paso a explicarlo. Tal como surge del escrito recursivo, los agravios recursivos se centran principalmente en sostener que se ha producido: a) una variación en la plataforma fáctica; b) una valoración arbitraria de los elementos de prueba incorporados; y c) la autopuesta en peligro de la víctima. En consecuencia, ese será el orden en que se abordará el planteo casatorio sometido a estudio.

a) Sobre la **variación de la plataforma fáctica** atribuida

La recurrente sostiene que el derecho de defensa se ha visto afectado, en tanto ha variado la circunstancia de lugar en que habría ocurrido el accidente. Concretamente, expresa que según la requisitoria fiscal el impacto se produjo en la banda **oeste** del carril Ozamis y que durante el debate ese punto de impacto fue modificado al **carril este**.

Al respecto entiendo que, si bien es cierta tal afirmación, de tal situación no se derivan las consecuencias que postula la recurrente.

En efecto, tal como surge del relato de los hechos con el que se abrió el debate oral y público, la imputada circulaba en su vehículo automotor por calle Ozamis de Maipú, con sentido de marcha norte-sur, y a la altura municipal 1183 «en el carril Oeste de la calle Ozamis embistió a la peatón» (fundamentos, fs. 351). Sin embargo, esa circunstancia que habría surgido del punto VI. del informe técnico de accidentología vial,

agregado a fs. 129/144 de autos, fue aclarada durante la audiencia de debate por la Of. Auxiliar Casanova —especialista en criminalística que intervino en su elaboración—, puesto que no se condice con el resto de la información contenida en ese elemento de prueba.

En ese sentido, no puede soslayarse que la totalidad de los datos incorporados al informe referido ubican tanto la zona de circulación del automóvil, como la de frenada, de impacto y el lugar donde quedó emplazado el cuerpo de la víctima en el costado este del carril Ozamis, y así lo confirmó la Of. Casanova, «ratificando conforme consta a fs. 143 de autos en la planimetría allí glosada [...] que el accidente ocurrió en la banda este de la banda pública denominada Ozamis» (fundamentos, fs. 355 vta.).

Es decir que, sin perjuicio de haberse consignado erróneamente en el requerimiento de citación a juicio el punto de impacto, el lugar correcto en el que la víctima fue embestida **surgía claro del informe técnico referido** y de otros elementos de prueba obrantes en autos desde los inicios de la investigación, tales como la declaración de la testigo Claudia Sartorio, la inspección ocular agregada a fs. 01 y vta. y el croquis ilustrativo de fs. 03.

En consecuencia, tal circunstancia **no podía ser desconocida por la defensora de la imputada**, quien tuvo acceso a las constancias de la causa desde que asumió ese rol, durante la investigación penal preparatoria. De igual modo, el error fue puesto de manifiesto durante la audiencia de debate, oportunidad en la que tanto el órgano acusador como quien hoy recurre formularon todas las preguntas que estimaron convenientes a fin de aclarar ese extremo de la acusación.

No puede dejar de señalarse, además, que los elementos de prueba en los cuales se basó modificación de la plataforma fáctica aquí cuestionada, fueron finalmente incorporados al proceso, sin que las partes formularan ninguna objeción (acta de debate, fs. 349).

En virtud de ello, resulta evidente que **tal variación no afectó el ejercicio del derecho de defensa**, puesto que la mutación de la zona de impacto en el relato de los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados era previsible y no impidió ni a la imputada ni a su letrada defensora el ejercicio de sus facultades, de acuerdo a lo expresado precedentemente.

A ello cabe agregar que la hoy impugnante pudo formular contra esa modificación de circunstancias fácticas todas las objeciones que creyó pertinentes y así lo hizo durante la etapa de alegatos, peticionando la nulidad de la acusación; reclamo que fue adecuadamente rechazado por la jueza sentenciante por entender que la letrada «no esgrimi[ó] además los fundamentos jurídicos de la misma: qué tipo de nulidad debía ser declarada (art. 198 o alguna de las nulidades relativas, prevista en el código ritual); qué acto jurídico está viciado y por lo tanto sería nulo; de qué manera o cómo afectó el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso legal» (fundamentos, fs. 356 vta.).

Por lo antes expuesto, considero que el reclamo bajo estudio no encuentra sustento en las constancias de la causa, por lo que también debe ser rechazado en esta instancia.

b) Acerca de la valoración de los elementos de prueba incorporados

En cuanto a la ponderación de la prueba producida y agregada a la causa, la recurrente se agravia de que la jueza interviniente haya valorado como esencial el testimonio de la perito Casanova, sin tomar en consideración que la testigo manifestó tener poca experiencia en la confección de pericias y que, de haber valorado lo actuado por ella el día del accidente, se modificaría sustancialmente la decisión que se impugna.

Sin perjuicio de los argumentos defensivos, entiendo que la ponderación del material probatorio incorporado a la causa se ha efectuado conforme las pautas establecidas por la ley procesal, no advirtiéndose ninguna arbitrariedad u omisión en esa tarea.

En efecto, tal como se desprende de los fundamentos bajo análisis, la sentenciante ha arribado a la solución cuestionada luego de ponderar detalladamente cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes, cotejándolos inclusive con la versión de los hechos dada por la imputada Arduini.

En ese orden, no comparto lo afirmado por la impugnante en cuanto a que la declaración de la perito Casanova no puede ser considerada fundamental, puesto que, aún cuando no haya tenido la suficiente experiencia en la confección de informes como el que rubricó, lo cierto es que la tarea por ella desarrollada encuentra respaldo en diversos elementos de prueba, tales como la inspección ocular de fs. 01 y vta, el croquis ilustrativo de fs. 03 y la declaración testimonial de Claudia Sartorio; y considerando que, en la audiencia de debate, la funcionaria explicó de manera razonable el desarrollo de los hechos, conforme a constancias objetivas como las planimetrías elaboradas en el marco de las presentes actuaciones.

Asimismo, no se advierte ni ha sido denunciada por las partes ninguna falencia en el procedimiento llevado a cabo por la especialista en criminalística, salvo el error en la consignación del punto de impacto al que se hizo referencia en el apartado anterior, por lo que las críticas desarrolladas en esta instancia no resultan suficientes para desvirtuar la contundencia del informe aludido.

Ahora bien, en lo que concierne a la supuesta arbitrariedad y colisión con el principio *in dubio pro reo*, del análisis efectuada por el Tribunal de juicio a fs. 12 y 15/16 –conforme detalló la recurrente–, ninguna consideración puede realizarse en esta instancia.

Ello, en virtud de no haber expresado la recurrente cuáles son las declaraciones arbitrariamente analizadas –y tampoco se pueden individualizar en los fundamentos las fojas señaladas– ni en qué consiste la transgresión denunciada, extremos indispensables para el examen objeto de casación.

En consecuencia, considero que efectivamente las críticas desarrolladas por la recurrente no pasan de ser un criterio diverso de análisis que el empleado por la a quo, circunstancia que resulta insuficiente por sí sola para conmovir el acto sentencial y conduce a rechazar también este punto de agravio.

c) Sobre la autopuesta en peligro de la víctima

En lo que a este punto de agravio concierne, cabe señalar que el planteo no es novedoso. En efecto, el argumento casatorio de referencia es uno de los ejes en torno al cual giró la estrategia defensiva desarrollada durante la tramitación de la causa y, especialmente, durante el debate oral y público, conforme surge de las constancias de autos.

Tal como se advierte en los fundamentos bajo estudio, esa circunstancia no ha sido soslayada por la sentenciante.

Por el contrario, el **comportamiento de la víctima** no sólo fue tenido en cuenta, sino que fue objeto de análisis desde las diferentes perspectivas doctrinarias, sosteniendo la jueza interviniente que «lo cierto es que su conducta antirreglamentaria [cruzar en diagonal y fuera de la senda peatonal] **contribuyó también al resultado típico**», sin embargo «la actuación de la víctima no fue el factor único que condujo al accidente, decisivo hasta el punto de constituir **una interrupción del nexa causal** entre la conducta del otro y el resultado» (fundamentos, fs. 359 vta./360).

Sentado ello y teniendo por probado -de acuerdo a la valoración probatoria ya analizada que el vehículo de la imputada se conducía a exceso de velocidad, «habiendo trasvasado próximamente la encrucijada, y por la banda este de la arteria pública», la sentenciante acertadamente concluyó que «[f]ue el accionar de la imputada, al imprimir una velocidad que excedió la permitida la que elevó el riesgo que normalmente lleva [i]nsita la conducción de vehículos. Fue relevante; determinante su intervención antinormativa la que generó la relación de determinación entre su conducta y el resultado» (fundamentos, fs. 360).

Como se adelantó, el planteo deducido por la defensa de Arduini en esta instancia ya fue introducido en otras etapas del proceso y, específicamente, durante el debate oral y público, siendo debidamente rebatido por el Tribunal de juicio, sin que se advierta en la resolución de este último ninguna falencia que lo descalifique.

En función de ello, entiendo que la hipótesis defensiva deducida a modo de agravio casatorio tampoco puede prosperar en esta instancia.

Con base en las consideraciones precedentes y, opinión concordante del señor Procurador, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 373/377 de autos y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 6.628 dictada por el entonces Cuarto Juzgado Correccional de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de la Dra. Susana Soletti para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

20- RUIZ. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	EGT	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcRuiz.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 42 y 45 CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Tentativa. Fundamentación.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) sosteniendo que la sentencia resulta arbitraria, contradictoria e insuficiente en términos de su debida fundamentación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido por tratarse las impugnaciones de discrepancias con la valoración de las pruebas. La arbitrariedad se menciona superficialmente y no se desarrolla.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 145, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Olarte. 12-06-19.: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcORJ.pdf
- Murua Sosa y ot. 23-08-19.: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190823_FcMurua.pdf

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

(D.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04459194-9/1((018601-92391)) FC/RUIZ PEREYRA EMILIO L., MUÑOZ DIAZ ALFREDO R. Y MUÑOZ ROMERO BRIAN G. P/HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE TENTATIVA (92391) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104540023*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04459194-9/1, caratulada “FC/ RUIZ PEREYRA, EMILIO LEONARDO, MUÑOZ DÍAZ, ALFREDO ROBERTO; MUÑOZ ROMERO, BRIAN GUILLERMO Y MUÑOZ VALDEZ, RENZO GERMÁN P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Emilio Ruiz Pereyra y la de Alfredo Roberto Muñoz Díaz interponen recurso de casación (fs. 1064/1065; fs. 1066/1070 respectivamente) contra la Sentencia N° 145 (fs. 1041/1042) en tanto los condenó a la pena de diez años de prisión como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (artículos 79, 41 bis, 45, 42 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 en los autos N° P-92391/15.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

La sentencia cuestionada ha tenido por acreditado el supuesto fáctico contenido en el auto de elevación a juicio según el cual «el 23 de agosto de 2015 aproximadamente a las 21:00 horas, Marcelo Oscar Ovando se encontraba a metros de la puerta del domicilio de su esposa, sito en Barrio San Martín, manzana 18 de ciudad, cuando arribó al lugar una camioneta marca Mitsubishi Montero de color marrón, dominio TUR-668 en la que iban a bordo Emilio Leonardo Ruiz Pereyra, Brian Guillermo Muñoz Romero, su padre Alfredo Muñoz Díaz y otro sujeto no identificado quiénes se detuvieron y comenzaron a efectuar disparos de arma de fuego dirigidos a la casa ubicada en manzana 18, casa 24 y hacia Marcelo Ovando, impactando uno de ellos en el cuerpo de éste a la altura de la cintura ingresando por el costado derecho y saliendo por el izquierdo, el que le provocó síndrome medular completo a nivel D8 postración y sepsis severa». Para así decidir el tribunal valoró, entre otros elementos, las testimoniales de Micaela Rivas, de Gonzalo Vargas, de Martín Villegas y de Emanuel Murua, como también el acta de fs. 3, el croquis fs. 4 y el informe de fs. 131/146; entre otros, las que le otorgaron certeza para el dictado de la sentencia condenatoria.

2-Recurso de casación.

2.- a. Recurso de casación interpuesto a favor de Emilio Ruiz Pereyra

La defensa invoca el art. 474 inc. 2 del CPP para sustentar su reclamo casatorio y entiende que la valoración de los elementos probatorios no resulta ajustada a la luz de la sana crítica racional. Cuestiona la valoración de los testimonios de Emanuel Murúa, de Micaela Rivas Santibañez y de Beatriz Jesús Murúa

Stalle, y sostiene que los testigos han incurrido en contradicciones que invalidan el valor convictivo de los mismos.

Asimismo afirma que el tribunal no tuvo en cuenta la falta de credibilidad de la víctima Marcelo Oscar Ovando y entiende que no ha quedado tratado adecuadamente lo relativo a la descripción morfológica que Ovando hace de sus agresores.

Formula reserva de caso federal.

2.- b. Recurso de casación interpuesto a favor de Alfredo Roberto Muñoz Díaz.

Funda su reclamo en el art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

Sostiene que la motivación de la sentencia resulta arbitraria, contradictoria e insuficiente en términos de su debida fundamentación. En ese sentido expresa que el tribunal no tuvo en cuenta las contradicciones de los testigos presenciales que, a su juicio, resultan ostensibles. Igualmente sostiene que el tribunal desvirtúa los dichos de su asistido sin apoyatura en prueba objetiva y que la valoración de la prueba instrumental no refleja lo manifestado y valorado en los fundamentos.

Finalmente cuestiona la ausencia de pericias en el vehículo automotor, y en este sentido afirma que la carga probatoria la tiene el Ministerio Público Fiscal y no la defensa y entiende que no quedaron acreditados los extremos de la imputación. Formula también reserva de caso federal.

Audiencia de informe oral. El 22 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia oral para informar los recursos, conforme fuera solicitado por la defensa de los imputados Emilio Ruiz Pereyra y Alfredo Roberto Muñoz Díaz. Remitieron en líneas generales a los escritos casatorios y de modo sintético adujeron que la motivación de la sentencia impugnada resulta ilógica y encuentra únicamente sustento en la íntima convicción del juzgador. A su vez el Dr. Iturbide, Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, informó oralmente y se remitió al dictamen de fs. 1088/1090, aconsejando el rechazo de los recursos interpuestos.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 1088/1090, contesta la vista de ley el Procurador y se expide por el rechazo de los recursos interpuestos.

Ello en tanto las impugnaciones sólo reflejan la discrepancia con la valoración que efectúa el juzgador de las pruebas producidas durante el debate, como así también de las legalmente incorporadas al mismo.

Expresa que la supuesta arbitrariedad no pasa de ser una mera mención superficial que no se desarrolla y que, además, no se visualiza en la sentencia que se ataca.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que los recursos de casación formulados no pueden prosperar. Paso a explicarlo.

De manera previa adelanto que ambos recursos serán abordados en forma conjunta dada la identidad de los planteos que esencialmente cuestionan la autoría de los encartados en el suceso investigado.

Tal como surge de los escritos recursivos, los agravios se dirigen a cuestionar la valoración de los elementos de prueba efectuada por el a quo en función de la cual se ha tenido por acreditada la intervención de los imputados en el hecho investigado, tratando de demostrar los recurrentes que los testigos confundieron a los ahora condenados, cuya participación en ese acontecimiento está fuera de discusión.

Conforme se demostrará a continuación, la descripta ha sido la estrategia defensiva desarrollada también durante el debate oral y, si bien resulta ser legítima, los argumentos en que se basa ya han sido debidamente refutados por el sentenciante en los fundamentos recurridos y no surge de los agravios casatorios ningún planteo novedoso que desvirtúe el razonamiento del a quo en relación a la ponderación que efectuó de los elementos de prueba producidos e incorporados a la causa.

En efecto, aún cuando los letrados defensores sostienen que la sentencia es arbitraria por haber marginado prueba legítimamente incorporada, tal circunstancia no se verifica en los fundamentos bajo estudio.

Por el contrario, en ellos se advierte un análisis integral de todo el material probatorio producido a instancia de las partes, inclusive de las declaraciones de los testigos ofrecidos en favor del imputado, tales como la de Daniela Romero y de Micaela Rivas Santibañez cotejándolos con las hipótesis de los hechos dadas por el Ministerio Público Fiscal.

Es que, en la labor de examen que el recurso impone encuentro que el juzgador ha tenido por acreditado que el 23 de agosto de 2015 los imputados a bordo de la camioneta Mitsubishi Montero efectuaron disparos que provocaron las lesiones de la víctima que se encuentran debidamente constatadas.

Para así decidir, el tribunal tuvo acreditadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar con base en las constancias de la causa y en este sentido para el a quo resultó decisivo:

- a) el vínculo existente entre los coimputados, así que Alfredo Roberto Muñoz es padre de Brian Muñoz (menor) y a su vez pareja de la progenitora de Emilio Leonardo Ruiz;
- b) con motivo de ese vínculo, es que los imputados se desplazaban esa noche en la camioneta Mitsubishi Montero de color marrón, dominio TUR 668, propiedad de Graciela Beatriz Pereyra Contreras;
- c) el horario en que la camioneta con los imputados a bordo efectuaron disparos hacia Ovando en la casa ubicada en manzana 18 y casa 24 aspecto que quedó constatado con el desgravado del CEO que es ratificado con el testimonio de Micaela Rivas y Beatriz Murua Stalle.

Estos elementos probatorios le permiten al tribunal no sólo tener por acreditada la existencia del hecho y la intervención de los imputados sino que además lo habilitó para descartar –a mi modo de ver– adecuadamente las hipótesis defensivas expuestas, con sustento en las constancias objetivas de la causa. Veamos.

Respecto del menor, Brian Muñoz, el tribunal descartó la hipótesis sostenida por su defensa en tanto logró tener por acreditado que éste ingresó al Hospital Lagomaggiore a partir de las 22 horas del 23 de agosto de 2015: el testimonio del plomero Miczko, como así también de la constancia de fs. 356 que da cuenta el horario del ingreso del menor.

A su vez, del testimonio del Dr. Parada surgió acreditado que el menor no estuvo inconsciente, ni que sus heridas presentaran la gravedad aducida por su defensa, a la vez que permiten descartar el testimonio de Daniela Elizabeth Romero Sarabia, en tanto la testigo sostuvo que su hijo estaba muy lastimado y que estuvo en el hospital hasta la una de la mañana.

Es que, como lo vengo afirmando en la sentencia el juez dio las razones por las que descartó la virtualidad probatoria del testimonio de Daniela Romero, sin que la defensa precise o concrete su agravio en esta instancia sino que, por el contrario reedita lo que ya fue expuesto en los alegatos, sin aportar elementos que ameriten una respuesta diversa a la vertida por el juzgador.

Por su parte, la defensa de Emilio Ruiz Pereyra sostiene que el 23 de agosto de 2015, trabajó en la Municipalidad de la Capital de Mendoza pero el testimonio de Leonardo Quiroga, desmiente esa versión, toda vez que según surgió de la planilla de asistencia de aquella repartición que Ruiz Pereyra no trabajó

ese día. También el coimputado Alfredo Muñoz, sostuvo que ese día trabajó en la Municipalidad de Mendoza pero de los registros de asistencia surge que el imputado ingresó a luego de las 22:31 hs, es decir luego de cometido el hecho que se le atribuye.

En otro orden, hay que señalar que la estrategia defensiva cuestiona esencialmente el testimonio de Micaela Rivas y de Murua, pretendiendo que ambos relatos resultaron contradictorios.

Sin embargo este reclamo no puede prosperar en tanto cuestionan de modo superficial y sin precisión concreta las contradicciones y soslayando una circunstancia, que a mi criterio resulta relevante y es precisamente el temor de las deponentes.

En efecto, Micaela Rivas Santibañez declaró el 28 de agosto de 2015, esto es a sólo cinco días del hecho (fs. 41) y fue precisa al indicar que quien manejaba era el papa de Brian Romero, que del lado del acompañante iba Emilio Ruiz, él iba con un arma y fue de los que más disparó, y que en el asiento de atrás iba Brian Romero.

Manifestó temor de declarar. Luego, se presentó en forma espontáneamente el día 5 de abril de 2016 y claramente modificó el tenor de su anterior declaración (fs. 194).

En este sentido sostuvo que no vio a los ocupantes, que pensó que era Emilio Ruiz, porque se desplazaba en una camioneta que era de la madre, que en el barrio se comentó que no era él, y que era otra persona, sucedió que estos sujetos iban encapuchados y estaba oscuro, motivo por el que no pudo reconocerlos.

Que no sabe cuántas personas iban, que sólo vio un arma pero no sabe quién la llevaba.

Por su parte, Beatriz Jesús Murúa Stalle declaró el 28 de agosto de 2015, y fue clara al sostener quiénes iban en el vehículo e indicó cómo era la camioneta en la que circulaban, dijo que hubo otros testigos pero que no quieren hablar por temor, la gente ve y calla, a su vez aclara que ellas [por Micaela Rivas] también tenían miedo, y que fueron a prestar declaración porque la policía los fue a buscar y luego al declarar el 18 de mayo de 2016, reiteró lo relativo a las amenazas que había sufrido (fs. 41 vta.).

Es por ello que comparto el dictamen del Procurador cuando afirma que las testigos estuvieron amenazadas y que sentían temor, que pidieron declarar sin la presencia de los encartados, circunstancia que también fue advertida por el juzgador (fs. 1052) y que ratificaron sus declaraciones en las que afirmaron que los encartados iban a bordo de la camioneta y que fueron quiénes dispararon a la vez que señalaron que Alfredo Muñoz conducía la camioneta y que Emilio Ruiz iba como acompañante.

El Procurador destaca además que la iluminación en el lugar permitió observar a los imputados porque además se desplazaban con los vidrios bajos, lo que permitió que Beatriz Murua, Micaela Rivas y la propia víctima Marcelo Ovando ver claramente a los acusados.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs.1064/1065 y a fs. 1066/1070, por Emilio Ruiz Pereyra y Alfredo Muñoz Díaz.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas formuladas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.

21- OLARTE. 12-06-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcORJ.pdf

Lex: Art. 80 inc.1° y 11°, 42, 92 en función del art. 80 inc. 1°, 89, 55, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 149 bis, 2° párrafo, 239 del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Femicidio. Tentativa. Violencia de Género. Amenazas Simples. Amenazas coactivas. Desobediencia a una orden Judicial. Concurso real. Relación de pareja. Vínculo. Lesiones leves dolosas.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión** como autor responsable del delito de homicidio agravado por mediar una relación de pareja entre el autor y la víctima, y por ser cometido por un hombre contra una mujer mediante violencia de género en grado de tentativa; amenazas simples (antes calificadas como amenazas agravadas por el uso de arma), lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género y amenazas simples todo en concurso real y amenazas coactivas en concurso real con desobediencia a la autoridad, todo en concurso real (arts. 80 inc. 1, 11, 42, 92 en función del art. 80 inc. 1, 89, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto, 149 bis primer párrafo primer supuesto, 149 bis segundo párrafo, 55, 239, 55 del Cód. Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), porque sostiene que en los autos por Homicidio calificado en tentativa, se incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, aduce que la sentencia es nula por errónea y contradictoria motivación. En los autos por amenazas, la defensa se agravia porque careció de pruebas suficientes para condenar, ante las inconsistencias en los testimonios de la víctima y su hermana, aplicando erróneamente la ley penal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido porque el recurrente pretende una revisión ex novo de lo ya tratado y resuelto.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de J. A. O. R. ; tener presente la reserva de caso federal efectuada; imponer las costas a la vencida, diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. A. G. para su oportunidad y remitir los autos al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 212, de fecha 12-06-19 pronunciada por el TPC N° 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cavieres Videla. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211130_FcCVS.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

b-CIDH

- «Castro Castro vs. Perú». Fondo, 25-05-06.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- Caso «Fernández Ortega y otro vs. México». 30-08-10.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

Precedentes relacionados

- «Cruz Caporiccio»17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- «Merlo Lassa». 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- «Ojeda Pérez» 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- «Vázquez Tumbarello»10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>

Parágrafos destacados

“En la causa por tentativa de homicidio el a quo ha descartado expresamente que el imputado se haya encontrado en **estado de emoción violenta**, que las circunstancias hicieren excusable, tal como prevé el art. 81 Cód. Penal, aspecto que fundó en forma suficiente...” “En esta dirección se ha dicho reiteradamente, las posibles falencias que afecten la motivación de la sentencia, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos” El defensor reitera los planteos que formuló en una oportunidad procesal anterior, sin refutar los argumentos en virtud de los cuales el juzgador los rechazó. A la vez, tampoco refuta el extremo conducente a los fines de determinar lo peticionado, que ninguno de los testigos «[...] advirtió circunstancia alguna que les permitiese sostener, aunque sea mínimamente, que el estado anímico del agresor se encontraba modificado...»

De autos emerge que el presente caso constituye un claro supuesto de **violencia de género**, habiendo acertado el inferior al realizar este enfoque, según me he expedido entre otros, en el expediente Merlo Lassa. “... la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba –caso de autos– no puede prescindir de otorgar **singular relevancia al testimonio de la mujer**». «En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “**Fernández Ortega y otros. Vs. México**”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 ([Microsoft Word - seriec 226 esp \(corteidh.or.cr\)](#)) y caso “**Rosendo Cantú y otra Vs. México**”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente) [Microsoft Word - seriec 216 esp \(corteidh.or.cr\)](#)». El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, “... se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores...” “.... La declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (**Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89. [Microsoft Word - seriec 216 esp \(corteidh.or.cr\)](#))”

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

(A.H.)

Fallo.

CUIJ: 13-04502368-5/1((018601-43513)) FC/ O. R. J. A. P/ HOMICIDIO CALIFICADO EN TENTATIVA (43513) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104584350*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio de dos mil diecinueve reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04502368-5/1 caratulada "FC/ O. R., J. A. P/ TENTATIVA DE HOMICIDIO AGRAVADO S/CASACIÓN".

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

La defensa de J. A. O. R. interpone recurso de casación (fs. 402/407) contra la Sentencia N° 212 en tanto condena al nombrado a la pena de quince años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado por mediar una relación de pareja entre el autor y la víctima, y por ser cometido por un hombre contra una mujer mediante violencia de género en grado de tentativa; amenazas simples (antes calificadas como amenazas agravadas por el uso de arma), lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género y amenazas simples todo en concurso real y amenazas coactivas en concurso real con desobediencia a la autoridad, todo en concurso real (arts. 80 inc. 1, 11, 42, 92 en función del art. 80 inc. 1, 89, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto, 149 bis primer párrafo primer supuesto, 149 bis segundo párrafo, 55, 239, 55 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia en la causa 43.513/17 establece que el 15 de mayo de 2017 a las 18.30 horas aproximadamente, en el interior del domicilio, el imputado luego de recriminarle a su pareja C. V. Ch. por una supuesta infidelidad, con la intención de ultimarla, le propinó múltiples heridas punzo penetrantes en el tórax y en el cuello con un cuchillo de cocina de grandes dimensiones, no logrando su cometido por causas ajenas a su voluntad, ya que los gritos de la víctima fueron escuchados por los vecinos que la auxiliaron, siendo trasladada inmediatamente a un centro asistencial.

En la causa 14.728/17 se determina que el 21 de junio de 2017 a las 14.30 horas aproximadamente, el imputado se comunicó telefónicamente desde la Penitenciaría Provincial con su cónyuge C. V. Ch., violando la restricción de contacto por cualquier medio de comunicación dispuesta por el 11° Juzgado de Familia, y le manifestó que declarara en el expediente por las puñaladas en el sentido que se trató de un pacto suicida entre los dos, advirtiéndole que «si vos no declarás así como yo te digo, cuando salga de acá tenés los días contados».

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa en la causa por tentativa de homicidio, porque se incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, dado que una adecuada valoración de las pruebas llevaría a una duda razonable en

relación a las circunstancias de modo en que tuvieron lugar los hechos, que deben interpretarse a favor del reo para no vulnerar garantías constitucionales.

Requiere que sea condenado por homicidio en estado de emoción violenta. Además, aduce que la sentencia es nula por errónea y contradictoria motivación. En particular, expresa que no se aceptaron las nuevas pruebas ofrecidas por su parte, no obstante que los peritos sostuvieron no era posible descartar que el imputado hubiera actuado en estado de emoción violenta; que los estudios psicológicos que pidió habrían sido fundamentales, por las técnicas que se usan, porque el informe debió hacerse con dos psiquiatras y un psicólogo, todo ello en virtud de que la víctima confesó una infidelidad. Acota que después de oír a los peritos solicitó la ampliación de prueba, lo que fue rechazado.

En los autos por amenazas se agravia porque se careció de pruebas suficientes para condenar, ante las inconsistencias en los testimonios de la víctima y su hermana, aplicándose erróneamente la ley penal.

Resalta que el informe de fs. 74 de Telefónica de Argentina, establece que la línea estaba asignada a un sujeto que no estaba en el mismo establecimiento que el encartado ni se acreditó que haya ido a visitarlo, ni denunció su robo, a la vez que alega que del oficio de fs. 110 surge que no se encontró teléfono en la requisita que se ordenó. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque el recurrente pretende una revisión ex novo de lo ya tratado y resuelto. Dictamina que se descartó el estado de emoción violenta, porque el imputado demostró plena conciencia de lo que estaba haciendo y el recuerdo del hecho estaba intacto. Respecto de la otra causa criticada, estima que los delitos fueron comprobados por el testimonio de la víctima y su hermana.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto, en la causa por tentativa de homicidio el a quo ha descartado expresamente que el imputado se haya encontrado en estado de emoción violenta, que las circunstancias hicieren excusable, tal como prevé el art. 81 Cód. Penal, aspecto que fundó en forma suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala.

En esta dirección se ha dicho reiteradamente, que las posibles falencias que afecten la motivación de la sentencia, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94), lo que en la especie no ocurre. Por su parte, el defensor reitera los planteos que formuló en una oportunidad procesal anterior, sin refutar los argumentos en virtud de los cuales el juzgador los rechazó, lo que impide que el recurso prospere según se ha expedido este Cuerpo con antelación (L.S. 438-47, entre otros).

En efecto, no demuestra que la ampliación de las pericias sea pertinente ni útil, toda vez que en el momento en que lo solicitó había transcurrido un lapso de tiempo importante desde que tuvo lugar el hecho en juzgamiento.

A la vez, tampoco refuta el extremo conducente a los fines de determinar lo peticionado, que ninguno de los testigos «[...] advirtió circunstancia alguna que les permitiese sostener, aunque sea mínimamente, que el estado anímico del agresor se encontraba modificado...», citando a modo de ejemplo, los dichos del vecino Ch., que acudió inmediatamente a los llamados de auxilio de la víctima, y no notó nervioso al

imputado. Así, manifestó que «... estaba tranquilo y las lesiones que se infringía eran superficiales, no revestían gravedad», declarando en igual sentido el testigo D. y el padre de la mujer atacada (fundamentos, fs. 390 vta).

Otro argumento que no fue rebatido por el recurrente, es que los profesionales de la salud que entrevistaron al encausado a los pocos días de sucedido el hecho, no advirtieron que presentara una conmoción que justificara pensar en la posibilidad de que hubiera obrado sumido en un **estado de emoción violenta**.

Efectivamente, el Dr. C. en el debate adujo que no creyó necesario convocar a otro psiquiatra y a un psicólogo para indagar sobre la existencia de dicho estado, porque «... no apareció ningún elemento indicador que justificara tal decisión ...», sosteniendo en la misma dirección el Dr. H. que en el diagnóstico de dicho estado de emoción violenta «... es muy importante lo que describieron las personas que presenciaron el hecho o que estuvieron en contacto inmediatamente después con el agresor» (fundamentos, fs. 391), dato al que me referí en los párrafos precedentes.

Esta reseña permite concluir en que el impugnante discrepa con el criterio con el que el inferior ha ponderado ciertos elementos, entre ellos, la declaración de los peritos prementados, confiriéndoles sobre la base de su opinión personal un valor diferente a sus dichos, así como al alcance de la infidelidad que la víctima le habría confesado al imputado, circunstancia que a su entender daría serio sustento al estado de emoción violenta en que solicita que se enmarque su conducta.

Por el contrario, de autos emerge que el presente caso constituye un claro supuesto de violencia de género, habiendo acertado el inferior al realizar este enfoque, según me he expedido entre otros, en el expediente Merlo Lassa.

Allí me pronuncié sobre la necesidad de que en este tipo de supuestos, «... el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres». Ello dado que «... no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos.

Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba –caso de autos– no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer». «En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente)».

«El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores». «Si bien en autos se cuenta con otras probanzas, estimo conveniente resaltar que dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba

fundamental sobre el hecho (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

Ello por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva, que se comenten al amparo de la privacidad». «Con lo cual, cada una de sus expresiones deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa ...» términos que resultan especialmente aplicables al expediente por amenazas coactivas en concurso real con desobediencia a la autoridad.

Efectivamente, la versión acusatoria en este caso se apoyó en la denuncia, el testimonio de la víctima y de su hermana, que estaba a su lado cuando recibió el llamado del encartado, y escuchó mediante el altavoz del aparato, que le decía que si no declaraba en el sentido que las puñaladas fueron parte de un acuerdo suicida entre ambos, tendría los días contados cuando recuperara su libertad (fundamentos, fs. 395 vta.).

También, en el informe psicológico realizado por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, en tanto dictamina que existen indicadores de que era víctima de violencia intrafamiliar, así como en el relativo a la valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra la mujer, entre otros; contundentes probanzas que no pueden ser desvirtuadas con los informes que cita el quejoso, relativos a la titularidad del celular desde el que se hizo la comunicación telefónica, o el que da cuenta que en la requisita que se efectuó en la celda no había un teléfono, desde que su inclusión mental hipotética en la plataforma fáctica elaborada, carece de entidad para modificarla.

Resta decir que la aplicación del art. 2 CPP que impetra el quejoso en su recurso, para lograr la absolución de su pupilo en las dos causas que recurre, no es posible, toda vez que la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y en segundo lugar, no surge el estado intelectual de duda por parte del tribunal, según se ha pronunciado este Cuerpo reiteradamente (L.S. 419-17, 397- 237, 388-024, 388-062). Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 402/407 por la defensa de J. A. O. R..
- 2.- Tener presente la reserva de caso federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. A. G. para su oportunidad.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.-

22- CICCHITTI VILLANE. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Aut.	-	-	-	-	-	A	-	CI	-	-6°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcCicchitti.pdf

Lex: Art. 84 Bis, 2° párrafo, art. 54, 94, 1° párrafo, 45, 59 inc. 6, 71 del CP. Art. 155, 167, 8 ss. y cc., 26 inc. 2, 353 del CPP. Ley 8008.

Vox: Homicidio culposo. Conducción antirreglamentaria e imprudente de un vehículo automotor. Extinción de la acción. Reparación integral. Falta de consentimiento fiscal.

Summa:

La **Segunda Cámara del Crimen** rechazó el pedido de sobreseimiento fundado en la extinción de la acción penal por reparación integral del daño solicitada por la defensa en los términos del art. 59 inc. 6° del Código Penal, en tanto no se encontraba presente uno de los presupuestos de procedibilidad del instituto, que el mismo haya sido propiciado por el representante del Ministerio Público Fiscal a través de un dictamen fundado, ordenándose en consecuencia proseguir con la tramitación de la causa.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Primero porque la defensa no ofrece argumentos novedosos tendientes a variar la jurisprudencia de la SCJM, lo que no justifica la apertura de la vía recursiva y segundo porque no existe defecto de motivación en el dictamen del acusador público, ni en la resolución que se pretende impugnar, a los términos de los art.s. 155 y 167 del C.P.P

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

Resolución cuestionada: Auto de fecha 25-06-19 pronunciado por la Segunda Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf

b-CSJN

- Fallo 306:262:
- Fallo 314:451
- Fallo 314:791
- Fallo 321:1328
- Fallo 322:1605

Parágrafos destacados

“El tribunal a quo, en lo que aquí respecta, rechazó la solicitud de extinción de la acción penal por reparación integral del daño, solicitada por la defensa en los términos del art. 59 inc. 6° del Código Penal”.

“...en tanto no se encontraba presente uno de los presupuestos de procedibilidad del instituto, esto es,

que su aplicación haya sido propiciada por el representante del Ministerio Público Fiscal a través de un **dictamen fundado**”

“..los cuestionamientos planteados a modo de agravios casatorios no tienen relación alguna con los fundamentos que sustentan la resolución impugnada”, “...el recurrente se limita a afirmar la supuesta existencia de vicios, citando las disposiciones legales que estima erróneamente aplicadas, pero sin desarrollarlos adecuadamente -como era su carga-“

El argumento por el que el tribunal a quo rechazó la extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio, estuvo dado exclusivamente por la ausencia de consentimiento por parte del representante fiscal. Así, tras citar antecedentes jurisprudenciales y de doctrina, el juzgador concluyó en que «la ausencia del presupuesto in procedendo que el consentimiento del Fiscal de Cámara implica atento su opinión, fundada, no debe hacerse lugar a la solicitud de extinción[...]»

Al respecto, basta con señalar aquí que nos encontramos ante un delito de acción pública, perseguible de oficio y que, por tanto, es el representante del Ministerio Público Fiscal al que la ley le asigna la titularidad de la acción penal, y la responsabilidad de su promoción y ejercicio (art. 71 del C.P., art. 8 ss. y cc. del C.P.P., ley 8008 y modif.). A lo que puede agregarse, como un dato más, que de las constancias de la causa tampoco surge que los representantes de la víctima se constituyeron en acusadores particulares, como lo sostiene el recurrente.

“...el recurrente, plantea cuestiones que ya han sido debidamente tratadas y resueltas en pronunciamientos previos a esta oportunidad. Me estoy refiriendo particularmente a la causa «Lemos Guerrero» -CUIJ 13-04024478-0/1-, en donde tuve oportunidad de analizar en profundidad, entre otros, aspectos inherentes a la naturaleza jurídica de los institutos previstos en el art. 59 del Código penal

Por lo tanto, al advertirse que la resolución recurrida se encuentra fundada en tanto el representante fiscal se opuso a lo peticionado por la defensa, y que el recurso interpuesto no logra demostrar que la solución adoptada configure un supuesto de arbitrariedad (Fallo 306:262 ; Fallo 314:451) o que existan graves defectos del pronunciamiento que impiden su calificación de acto jurisdiccional válido (Fallos:314:791; 321:1328; 322:1605), la impugnación deducida no puede tener acogida favorable en esta instancia.”

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

(A.H.)

Fallo.

CUIJ: 13-04367216-3/1((018602-60780)) F. C/ CICCHITTI VILLANE, NICOLAS P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAV. IMPRUD., NEGLIG. Y ANTIREG. VEHICULO C. IDEAL LES. LEV. CULP. (60780) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104444901*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04367216-3/1 caratulada "F. C/CICCHITTI VILLANE, NICOLÁS P/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO POR LA CONDUCCIÓN IMPRUDENTE, NEGLIGENTE Y ANTIRREGLAMENTARIA DE UN VEHÍCULO AUTOMOTOR EN CONCURSO IDEAL CON LESIONES LEVES CULPOSAS S/CASACIÓN".

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

La defensa del acusado Nicolás Cicchitti Villane interpone recurso extraordinario de casación (fs. 139/150) contra la resolución de fs. 135/136 dictada por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, que rechazó el pedido de sobreseimiento fundado en la extinción de la acción penal solicitado por la defensa técnica, ordenándose en consecuencia proseguir con la tramitación de la causa, esto en el marco de los autos N° P-60.780/15.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal a quo, en lo que aquí respecta, rechazó la solicitud de extinción de la acción penal por reparación integral del daño solicitada por la defensa en los términos del art. 59 inc. 6° del Código Penal. Para así decidir, consideró que el caso no era susceptible de ser canalizado por vía de la extinción de la acción por reparación integral del perjuicio (arts. 5 y 26 del C.P.P.) en tanto no se encontraba presente uno de los presupuestos de procedibilidad del instituto, esto es, que su aplicación haya sido propiciada por el representante del Ministerio Público Fiscal a través de un dictamen fundado.

2.- El recurso de casación

Contra la resolución arriba individualizada, la defensa del acusado interpone recurso de casación, con fundamento en las causales previstas en los incisos 1 y 2 del art. 474 del Código Procesal Penal, esto es, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo.

En primer lugar, indica que el a quo ha aplicado erróneamente el art. 28 del rito penal, en cuanto rechaza la aplicación del principio de oportunidad solicitado atendiendo al carácter extemporáneo de la presentación.

En este sentido, considera que el término previsto no opera de manera automática cuando se trata de un convenio celebrado de manera extrajudicial, excepción que ha sido ya reconocida por otros tribunales de la provincia. Agrega que, de ser nuevamente convocadas todas las partes integrantes del proceso, avalarían la solución que se propone.

En segundo lugar, cuestiona que la decisión del juez haya resultado de interpretar que no cualquier delito puede ser solucionado por las partes, lo que demuestra que se adjudicó tareas – legislativas– que no le corresponden.

Al respecto, señala que el art. 26 del Código Penal no distingue entre delitos, por lo que no existe ningún apoyo normativo para limitar la solución del conflicto según el ilícito que se trate.

En tercer lugar, señala que las partes dieron por solucionado el conflicto, voluntad que resultó plasmada en la cláusula cuarta del convenio celebrado entre los herederos forzosos de la víctima con la compañía aseguradora, ratificando la conformidad de aquellos con lo pactado.

Al respecto, advierte que el Tribunal no puede ir más allá de este control, porque avanzaría los límites que impone el sistema acusatorio, avasallando facultades que son exclusivas del titular de la acción penal. Agrega que el acusador particular también solicitó la solución del conflicto y la suspensión de la persecución penal. Con lo que, concluye, avanzar en estas condiciones hacia la realización de un debate sin acusación, aún contra su voluntad, determinaría un juicio sin contradictorio, lo que no resulta posible. Concluye afirmando que, en el momento en que el tribunal de juicio tomó indebidamente para sí la acción, vulneró garantías constitucionales.

Manifiesta que, al no existir conflicto porque las partes así lo acordaron por escrito, tampoco existe un “caso”. Es decir, nada se debía deliberar, sino que el tribunal sólo debía comprobar que, sumariamente, se encontraba acreditada la solución del conflicto, a los términos legales. Por lo que, a su modo de ver, existió un exceso del juzgador, lo que torna nula, por arbitraria, la resolución. Por todo ello, entiende el quejoso que el auto impugnado debe ser revocado a través del acogimiento del presente recurso, casando la resolución recurrida y resolviendo otorgando el sobreseimiento del acusado por extinción de la acción penal (art. 26 inc. 2° del C.P.P.), o bien, declarando su nulidad, disponiendo el reenvío. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El señor Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia de la impugnación incoada, considera que el planteo de la defensa debe ser rechazado, por cuanto no resulta sustancialmente procedente (art. 461 última parte del C.P.P.). Señala que la solución que propone se justifica en tanto la crítica casatoria se basa en doctrina adversa a otra ya consolidada por éste Cuerpo, sin ofrecer argumentos novedosos tendientes a variar su jurisprudencia, lo que no justifica la apertura de la vía recursiva. Al respecto, señala que la aplicación de un criterio de oportunidad nunca puede obviar la intervención del Ministerio Público Fiscal por cuanto es el titular del ejercicio de la acción pública y, además, porque es el único que puede brindar razones de política criminal atendibles, que pueden ser revisables por la jurisdicción en cuanto a su logicidad.

Por lo tanto, el consentimiento del representante fiscal resulta un requisito de procedibilidad del instituto petitionado, ya que la solicitud de extinción de la acción penal por solución del conflicto por reparación integral, debe efectuarla el Fiscal, conforme surge del art. 26 del C.P.P., que expresamente le otorga esta facultad. Agrega que no existe defecto de motivación en el dictamen del acusador público, ni en la resolución que se pretende impugnar, a los términos de los art.s. 155 y 167 del C.P.P.

Menciona que la conclusión a la que arriba el quejoso respecto que la denegación del beneficio se fundó en la extemporaneidad de su pedido, ello no resulta de la resolución de fs. 135/136. Expresa que tampoco puede tener acogida favorable el argumento de la defensa, por el que se cuestiona que el tribunal y se arrogó funciones legislativas y que avanzó sobre el sistema acusatorio, avasallando funciones del fiscal,

toda vez que quien consideró cuestiones de política criminal, fue el señor Agente Fiscal en oportunidad de emitir su dictamen.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado. El recurrente cuestiona que el pronunciamiento por el que se rechazó la solicitud de sobreseimiento por extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio, se asentó en argumentos erróneos y arbitrarios; a saber:

- a) que el pedido fue realizado de manera extemporánea;
- b) que el delito endilgado al acusado no permite la reparación integral como instrumento para la solución del conflicto; y,
- c) que no se tuvo en cuenta que los herederos forzosos de la víctima -acusadores particulares-, manifestaron expresamente su voluntad de tener por solucionado el conflicto.

A partir de ello, alega que se interpretaron de modo incorrecto las normas procesales que regulan el instituto -arts. 26 y 28 del Código Procesal Penal-, y, además, que el tribunal no consideró que las partes dieron por solucionado el conflicto, voluntad que resultó plasmada a través del convenio celebrado entre los herederos forzosos de la víctima y la compañía de seguros.

Sin embargo, y de acuerdo con lo adelantado, debo decir que no le asiste razón al recurrente en ninguno de los argumentos que propone para sustentar su impugnación, ya que no encuentran basamento en las constancias de la causa.

Ello por cuanto, según entiendo, los cuestionamientos planteados a modo de agravios casatorios no tienen relación alguna con los fundamentos que sustentan la resolución impugnada.

Es que, según entiendo, este modo de plantear una impugnación casatoria conduce necesariamente a su rechazo, en tanto el recurrente se limita a afirmar la supuesta existencia de vicios, citando las disposiciones legales que estima erróneamente aplicadas, pero sin desarrollarlos adecuadamente -como era su carga-.

En primer lugar, conforme surge de la lectura del auto puesto en crisis -fs. 135/136-, el argumento por el que el tribunal a quo rechazó la extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio, estuvo dado exclusivamente por la ausencia de consentimiento por parte del representante fiscal.

Así, tras citar antecedentes jurisprudenciales y de doctrina, el juzgador concluyó en que «la ausencia del presupuesto in procedendo que el consentimiento del Fiscal de Cámara implica atento su opinión, fundada, no debe hacerse lugar a la solicitud de extinción[...]» (ver fs. 136).

Con lo cual, en contra de las alegaciones defensivas, la decisión por la que no se hace lugar al criterio de oportunidad solicitado, no tuvo en cuenta la supuesta extemporaneidad del pedido, ni tampoco la índole del delito investigado, en tanto impedimentos normativos para la concesión del instituto requerido.

Sólo reparó en el **carácter vinculante** que -a su criterio- la ley le asigna al consentimiento fiscal como condición de procedibilidad de los criterios de oportunidad, a tenor de las previsiones contenidas en los **arts. 5 y 26 del rito penal**. Por lo tanto, las críticas sobre estos aspectos efectuadas por el recurrente, no tienen asidero alguno, ni tampoco generan la necesidad de un mayor abordaje en esta instancia.

En segundo lugar, tampoco comparto con la parte recurrente en cuanto expresa que el asentimiento de los herederos forzosos de la víctima, quienes suscribieron un convenio con la compañía aseguradora del acusado, provoca que se enerve la utilidad y necesidad del debate oral, al dispensarlo de acusación (ver recurso, fs. 147).

Al respecto, basta con señalar aquí que nos encontramos ante un delito de acción pública, **perseguido de oficio** y que, por tanto, es el representante del Ministerio Público Fiscal al que la ley le asigna la titularidad de la acción penal, y la responsabilidad de su promoción y ejercicio (art. 71 del C.P., art. 8 ss. y cc. del C.P.P., ley 8008 y modif.).

A lo que puede agregarse, como un dato más, que de las constancias de la causa tampoco surge que los representantes de la víctima se constituyeron en acusadores particulares, como lo sostiene el recurrente. Por último, más allá del déficit advertido en la presentación defensiva, debo mencionar que la cuestión traída a conocimiento por el recurrente, plantea cuestiones que ya han sido debidamente tratadas y resueltas en pronunciamientos previos a esta oportunidad.

Me estoy refiriendo particularmente a la **causa «Lemos Guerrero» -CUIJ 13-04024478-0/1-**, en donde tuve oportunidad de analizar en profundidad, entre otros, aspectos inherentes a la naturaleza jurídica de los institutos previstos en el art. 59 del Código penal, y en particular, aquellos mencionados en el inciso sexto de la mencionada norma –conciliación y reparación integral del perjuicio–, como también, con las características y exigencias que de ello se deriva en tanto modos de extinción de la acción penal, especialmente en cuanto a la intervención del Ministerio Público Fiscal y del ofendido por el ilícito objeto de investigación.

Aquellas consideraciones, en honor a la brevedad, las doy aquí por reproducidos. Sin perjuicio de lo expuesto, estimo pertinente traer aquí a colación que, en el antecedente mencionado, sostuve que «[s]i la conciliación y la reparación integral son alternativas regladas para la resolución del conflicto, quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal», y agregué que «[p]or lo tanto, se convierte en una *conditio sine qua non* para su procedencia, la propulsiva y activa intervención del acusador público, en su rol de titular del ejercicio de la acción pública; intervención que de ningún modo puede resultar limitada, ni mucho menos sustituida, por la voluntad y participación de los restantes sujetos procesales o interesados».

Por lo tanto, al advertirse que la resolución recurrida se encuentra fundada en tanto el representante fiscal se opuso a lo peticionado por la defensa, y que el recurso interpuesto no logra demostrar que la solución adoptada configure un supuesto de arbitrariedad (Fallos 306:262; 314:451) o que existan graves defectos del pronunciamiento que impiden su calificación de acto jurisdiccional válido (Fallos:314:791; 321:1328; 322:1605), la impugnación deducida no puede tener acogida favorable en esta instancia.

De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la resolución impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren

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

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 139/150 por la defensa del acusado Nicolás Cicchitti Villane.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes los obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

23- YAÑEZ FONSECA. 05-07-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FyQcYanez.pdf

Lex: Art. 84, 19, 20 bis, 24 del CP. Art. 511 CPP.

Vox: Homicidio Culposo. Prisión. Inhabilitación Especial. Cómputo de pena.

Summa:

La **Excma. Tercera Cámara del Crimen** practicó cómputo de pena, indicando que el condenado cumplía la pena de inhabilitación el 23 de septiembre de 2021.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) atento a que entiende que el mismo debió practicarse conforme lo dispone el art. 24 del Código Penal, y no el 20 *ter* del mismo cuerpo normativo (por ende, como el Sr. Yañez Fonseca había cumplido tres años y diez meses en prisión preventiva, la pena de siete años de inhabilitación especial para conducir se encontraba al momento de practicarse el cómputo de pena por demás cumplida).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido toda vez que la formula amplia del cuarto párrafo del art. 20 del CP establece la excepción al cómputo normal de la prisión preventiva del art. 24 CP.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto, confirmando el cómputo de pena practicado por la Excma. Tercera Cámara del Crimen de la 1° CJ.

Resolución cuestionada: *Cómputo de pena practicado por la Excma. Tercera Cámara del Crimen - 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Sangrá.

Doctrina citada

CREUS, CARLOS; Derecho Penal. Parte, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 476;

D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ; Código Penal Comentado y anotado. Parte Especial, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 108.

BAIGÚN, DAVID; ZAFFARONI, EUGENIO; Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia, Tomo 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 328.

Parágrafos destacados

En virtud de ello, resulta claro que de una interpretación armónica de ambas disposiciones legales –arts. 20 *ter* y 24 del C.P.– puede concluirse que, a los fines del cómputo de cumplimiento de la pena de inhabilitación, impuesta **en forma conjunta con la de prisión, no podrán ser descontados los días** en que el imputado se haya encontrado privado de libertad, ya sea bajo una medida cautelar o cumpliendo una pena de prisión. No pasa inadvertido que el recurrente considera que esta disposición no resulta aplicable a la presente causa.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Nanclares.

(M.L.)

Fallo.

CUIJ: 13-04067753-9/1((010503-78944)) F.Y QUER.PARTIC.C/YAÑEZ FONSECA PABLO EMILIANO P/HOMICIDIO SIMPLE (78944) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104126583*

En Mendoza, a los cinco días del mes de julio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04067753-9, caratulada “F Y QUER. PARTICULAR C/ YAÑEZ FONSECA, PABLO EMILIANO P/ HOMICIDIO ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero, DR. JORGE H. NANCLARES.

La defensa del imputado Pablo Emiliano Yañez Fonseca interpone recurso de casación contra la resolución agregada a fs. 1642/1647, en cuanto rechazó la observación de cómputo efectuada y dispuso que el imputado cumple la pena de inhabilitación el día 23 de septiembre de 2021 (art. 20 ter, último párrafo del C.P.), pronunciamiento dictado por la entonces Tercera Cámara del Crimen en autos N° P-78.944/10.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Resolución recurrida

La resolución impugnada, en lo que aquí concierne, establece que «[...] atendiendo al fin preventivo general y especial que implica la imposición de la pena de inhabilitación, entendemos [...] que el [a]rt. 24 del C.P debe interpretarse armónicamente con el [a]rt. 20 ter, último párrafo, en el sentido de que sólo se computará para la inhabilitación la prisión preventiva sufrida por el encartado, en los casos en que ésta sea impuesta como pena única, no así, cuando ella sea impuesta en forma conjunta con otra pena principal [...] habiéndose impuesto la misma como pena única, se computará por supuesto desde que la condena quede firme, como así también, resultará de aplicación lo dispuesto por el [a]rt. 24 del C.P., en relación al cómputo de días sufridos en prisión preventiva» (fs. 1646 y vta.).

2.- Recurso de casación

La impugnación sometida a estudio se basa en el inciso 1° del art. 474 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando.

Se agravia el recurrente por entender que el caso bajo estudio no puede ser tratado y encuadrado dentro de las previsiones del art. 20 ter del Código Penal y tampoco puede ser aplicado el principio establecido en esa norma.

En ese orden, el impugnante considera que debe aplicarse lo dispuesto por el art. 24 del Código Penal y teniendo en cuenta que su defendido ha cumplido más de 3 años y 10 meses de prisión preventiva –desde el día 03/11/2010–, la pena de siete años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores ya ha sido por demás cumplida.

Asimismo, entiende que la condena a prisión recaída en contra de Yañez resulta de cumplimiento en suspenso, motivo por el cual la prisión preventiva cumplida no incide en el cómputo de dicha pena, por lo que debería computarse a fin de determinar el cumplimiento de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, señala que si bien la sentencia vigente fue producto de una resolución casatoria de este Superior Tribunal Provincial, también es cierto que su defendido estuvo más de tres años y diez meses en prisión preventiva y que, aún cuando esta situación no se encuentre contemplada en el plexo normativo, la interpretación que debe hacerse de las normas vigentes debe ser siempre en beneficio del imputado. En función de ello, solicita se haga lugar al planteo, computando el tiempo que Yañez Fonseca estuvo en prisión preventiva a los fines del cumplimiento de la única pena efectiva impuesta, esto es la de inhabilitación para la conducción de vehículos automotores. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, toda vez que la fórmula amplia del cuarto párrafo del art. 20 del Código Penal establece la excepción al cómputo normal de la prisión preventiva del art. 24 de ese cuerpo normativo para el caso de la inhabilitación especial, determinando que, a todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se tendrá en cuenta el tiempo que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de libertad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Pablo Emiliano Yañez Fonseca y, en consecuencia, confirmar el resolutive obrante a fs. 1642/1647, en virtud de los argumentos que a continuación se exponen.

1.- En forma preliminar, cabe señalar que oportunamente la Tercera Cámara del Crimen condenó a Yañez Fonseca a la pena de ocho años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para conducir vehículos por diez años como autor responsable del delito de homicidio simple (arts. 79 y 20 bis, inc. 3° del C.P.).

Luego y como consecuencia del recurso de casación deducido por la defensa del imputado, esta Suprema Corte de Justicia casó aquel fallo, condenando, en definitiva, al imputado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de siete años como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo (art. 84 del C.P.); ello conforme a las constancias de fs. 1520/1530 vta.

Remitido el expediente al tribunal de juicio, se efectuó el cómputo correspondiente y se notificó al imputado la sentencia dictada por este Cuerpo, las reglas de conducta impuestas y el cómputo de pena respectivo, disponiéndose su inmediata libertad (fs. 1537 y 1538).

Con posterioridad, los abogados defensores del imputado observaron el cómputo de pena referido, por considerar que la fecha que debe tomarse como punto de partida para realizarlo es la de la sentencia de Cámara; y que la pena de inhabilitación impuesta se encontraba extinguida, en razón de que los días que Yañez pasó en prisión preventiva deben computarse a los fines del cumplimiento de esa última sanción. Esta incidencia dio lugar a la resolución que aquí se recurre.

2.- Ahora bien, en lo que concierne a la temática sometida a consideración de esta instancia, entiendo que la solución adoptada por el a quo ha sido la adecuada, conforme el criterio sostenido por destacada doctrina y jurisprudencia.

Al respecto, cabe recordar que la pena de inhabilitación consiste en la suspensión –del ejercicio por parte del condenado– de uno o más derechos, distinguiéndose la pena de inhabilitación absoluta de la especial, en que la segunda se limita a los derechos que guardan una particular relación con el delito cometido. Por ello, esta última requiere una determinación judicial precisa, determinándose cuáles son los derechos o facultades suspendidos y su alcance.

Asimismo, y tal como sostuvo este Tribunal –con otra integración– en el precedente “Sangrá”, la inhabilitación especial se impone siempre como pena principal, pudiendo ser temporal o perpetua. El hecho de que en la mayoría de los casos se imponga en forma conjunta, como en el caso traído a estudio, no debe confundirse con la “accesoriedad”, toda vez que esta aquella circunstancia no le quita su carácter de pena principal.

Siendo así, resulta necesario determinar si los días de detención sufridos en prisión preventiva deben ser descontados de la pena de inhabilitación impuesta en forma conjunta con la de prisión, en este caso, bajo la modalidad de ejecución condicional, como plantea el recurrente.

En ese orden, interpretando las disposiciones del art. 24 del C.P. en cuanto establece que por un día de prisión preventiva se computarán dos de inhabilitación, se ha sostenido que «si la inhabilitación ha sido dispuesta como pena conjunta con una pena privativa de libertad o con una de multa, la prisión preventiva se computará sobre éstas, no sobre la inhabilitación», pues, de lo contrario, **se «produciría un “doble efecto” inadmisibles» (CREUS, CARLOS; Derecho Penal. Parte, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 476; y D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ; Código Penal Comentado y anotado. Parte Especial, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 108).**

En igual sentido, se ha puesto de resalto que «el cómputo de la prisión preventiva abarcará **sólo la pena de prisión** comenzando a cumplirse la inhabilitación especial a partir de la libertad del reo, ya que de lo contrario se conculcará el fin de la pena de inhabilitación» punitiva **(BAIGÚN, DAVID; ZAFFARONI, EUGENIO; Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia, Tomo 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 328).**

Si bien podría afirmarse –como lo hace la defensa de Yañez– que, teniendo en cuenta que la condena de prisión impuesta al imputado es de ejecución condicional, los días pasados por el imputado en prisión preventiva no inciden en el cómputo de la pena en suspenso y que, por ello, deberían descontarse de la pena impuesta en forma efectiva, esto es, la inhabilitación; tal razonamiento pasa por alto ciertas particularidades de la condena dejada en suspenso.

Así, no puede soslayarse que la modalidad de ejecución o cumplimiento de la pena impuesta a Yañez se caracteriza por estar supeditada a una condición, esto es, que en el plazo de cuatro años el condenado no cometa un nuevo delito –conforme establece el art. 27 del C.P.– y no incumpla las reglas de conducta impuestas en la condena, de acuerdo a lo prescripto por el art. 27 bis del C.P.

En otras palabras, si transcurridos cuatro años desde la fecha en que se dictó la condena en suspenso –ya firme–, el condenado no comete un nuevo delito, la pena impuesta de forma condicional en esa oportunidad ya no podría ser ejecutada –«se tendrá como no pronunciada»–.

De lo contrario, es decir, si dentro de ese lapso el condenado en forma condicional infringe nuevamente la ley, no sólo tendrá que cumplir la pena impuesta por ese nuevo hecho, sino que también deberá cumplir en forma efectiva el monto de prisión en suspenso impuesto en aquella condena anterior. Esos rasgos específicos del tipo de ejecución aludido permiten afirmar que, en definitiva, la condena en suspenso es una condena a prisión condicionada al incumplimiento de determinadas obligaciones.

En consecuencia, es sobre ella que deberá efectuarse el cómputo de pena respectivo, descontando los días de encarcelamiento sufridos por el imputado en prisión preventiva, en caso de revocarse la condicionalidad de la ejecución en virtud de las circunstancias antes referidas.

Lo afirmado resulta aplicable aún en caso de que la pena en suspenso no pueda ser ejecutada por haber cumplido el condenado las reglas de conducta impuestas y no haber infringido nuevamente la ley, mediante la comisión de otro delito, puesto que de haberse impuesto la pena de prisión bajo esa

modalidad de cumplimiento en forma única y de haberse extinguido –por cumplimiento de las obligaciones derivadas de los arts. 27 y 27 bis del C.P.–, no sería fácticamente posible descontar los días pasados por el imputado en prisión preventiva y tampoco se los podría considerar a modo de “crédito” para condenas futuras.

A ello cabe agregar que el art. 20 ter del C.P., en su último párrafo, expresamente establece que «en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado [...] privado de su libertad».

Si bien esta norma se refiere al instituto de rehabilitación y no al cómputo del tipo de pena analizado, su vinculación con la cuestión debatida es innegable. Ello, teniendo en cuenta que la previsión legal aludida establece las condiciones y los plazos específicos a partir de los cuales el condenado a una pena de inhabilitación, absoluta o especial, «puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado»; finalidad que, en definitiva, se advierte en la pretensión casatoria.

En virtud de ello, resulta claro que de una interpretación armónica de ambas disposiciones legales –arts. 20 ter y 24 del C.P.– puede concluirse que a los fines del cómputo de cumplimiento de la pena de inhabilitación, impuesta en forma conjunta con la de prisión, no podrán ser descontados los días en que el imputado se haya encontrado privado de libertad, ya sea bajo una medida cautelar o cumpliendo una pena de prisión. No pasa inadvertido que el recurrente considera que esta disposición no resulta aplicable a la presente causa.

Sin embargo, no comparto tal afirmación, en virtud de las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta que el impugnante tampoco ha dado razones válidas para fundar su argumento o rebatir la postura del a quo.

En función de lo expuesto, considero que la resolución puesta en crisis no adolece de ningún vicio que amerite su descalificación como acto procesal válido y, por ello, los agravios casatorios deben ser rechazados en esta instancia.

En consecuencia, y opinión concordante del Procurador General, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr Llorente y Dr. Nanclares. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y JORGE H. NANCLARES adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 1651/1654 por la defensa de Pablo Emiliano Yañez Fonseca y, en consecuencia, confirmar la resolución de la entonces Tercera Cámara del Crimen obrante a fs. 1642/1647 de autos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JORGE H. NANCLARES Ministro

24- PIZARRO. 18-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-3°	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcPizarro.pdf

Lex: Art. 84, 45 y 48 inc. b, 68 y cc. de la Ley de Tránsito N° 6.082. Art. 59 inc. 3°, 62 y 67 del CP.

Vox: Homicidio culposo. Prisión. Inhabilitación especial. Prescripción. Extinción de la acción.

Summa:

El **TPC** dispuso el sobreseimiento del Sr. Carlos Walter Pizarro del delito de Homicidio Culposo por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción atento a que desde el último acto útil fue el decreto de citación a juicio (de fecha 13/02/12).

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1° CPP) por entender el que *a quo* aplicó erróneamente el art. 62 del CP, pues el delito se encuentra reprimido con 5 años de prisión y diez de inhabilitación (en forma conjunta), indicando que esta última incide en el curso de la acción penal.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto y se remite a los argumentos vertidos por la Sra. Fiscal.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación y confirmar la Sentencia N° 118 dictada por el TPC 1 de la 1° CJ porque el plazo máximo a tener en cuenta en el cómputo de la prescripción de la acción penal es el de la prisión y no el de la inhabilitación conjunta o alternativa a la primera.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 118, pronunciada por el TPC N° 1 - 1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Fallos 300:714

Parágrafos destacados:

“...en todos aquellos delitos que se encuentren sancionados con pena de **reclusión o prisión**, será la duración de éstas la que determine el lapso de tiempo a computar para determinar si la **acción penal** continúa vigente, resultando indiferente a ese fin que se encuentren conminados en forma conjunta o alternativa con algún otro tipo de pena. Lo afirmado obedece a que la aplicación de un criterio de interpretación como el propiciado por la recurrente conduciría a prolongar la persecución penal para ilícitos más leves -reprimidos con penas conjuntas o alternativas de prisión e inhabilitación (v.g. lesiones leves culposas – art. 94 del C.P.-) por un plazo más largo que el de la pena única de reclusión o prisión previsto para delitos más graves (v.g. lesiones leves dolosas –art. 89 del C.P.-). Ello, basado tan sólo en que el delito de menor entidad prevé una pena conjunta o alternativa de inhabilitación temporalmente más extensa que la de reclusión o prisión, lo que claramente aparece como desproporcionado y contrario a la lógica de las escalas penales previstas por el legislador...”.

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

(M.L.)

Fallo.

CUIJ: 13-04414797-6/1((018601-86316)) FC/PIZARRO CARLOS WALTER P/HOMICIDIO CULPOSO EN GRADO DE TENTATIVA (86316) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104494846*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04414797-6/1 caratulada "F. C/ PIZARRO, CARLOS WALTER P/ HOMICIDIO CULPOSO S/ CASACIÓN".

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

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 118, mediante la que se dispuso el sobreseimiento de Carlos Walter Pizarro del delito de homicidio culposo (arts. 84 del C.P. y arts. 45, 48 inc. b), 68 y cc. de la Ley Provincial de Tránsito N° 6.082), por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en estos autos N° P86.316/08.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «[...] en esta causa y respecto del delito sobre el que se ha hecho mención, ha operado la extinción de la acción penal con causa petendi en el hecho descripto en la elevación a juicio de fojas 221/227 y vta., calificado allí como homicidio culposo, previsto y penado en el Art. 84 del Código Penal; Arts. 45, 48 inc. b), 68 y ctes. de la Ley Provincial de Tránsito N° 6.082, ya que teniendo en cuenta la imputación formulada, el tiempo transcurrido desde la última actuación útil cumplida en autos –esto es el decreto de citación a juicio, fechado el día 13 de febrero de 2.012 y la circunstancia de que no se interrumpió el curso de la prescripción por la comisión de otro delito, resulta que en esta causa, ha transcurrido el tiempo necesario para que se opere la prescripción de la acción penal (Arts. 62 inc. 2°, 67 inciso c), modificado por Ley 25.990, art. 59 inc. 3° de la Ley 27.147 del Código Penal)» (resolución, fs. 296 y vta.).

2.- El recurso de casación de la representante del Ministerio Público Fiscal

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 1° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona. Así, entiende que el órgano jurisdiccional interviniente arribó al dictado de la sentencia de sobreseimiento impugnada, sobre la base de una errónea aplicación del art. 62 del CP.

Ello, en tanto considera que, si bien la norma establece los plazos de prescripción penal, no refiere específicamente cuándo prescriben los delitos que se encuentran conminados con penas conjuntas. Señala que el delito atribuido al encartado –homicidio culposo– se encuentra reprimido con pena conjunta, cuyos máximos son cinco (5) años de prisión y diez (10) años de inhabilitación especial y que, en el presente caso, la pena conjunta de inhabilitación especial es plenamente aplicable, en tanto la conducción de vehículos automotores es una actividad especialmente reglamentada.

Por ello, considera que debe analizarse cómo incide esta circunstancia en el curso de la pertinente acción penal. En ese orden, sostiene que el plazo de la prescripción es único y que no se rige por la naturaleza de la pena más severa, sino que se debe computar la de mayor término de duración, puesto que la prescripción se rige por el transcurso del tiempo.

Cita doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición. En función de ello, considera necesario que este Tribunal revise la sentencia de sobreseimiento cuestionada y case la resolución referida, pronunciándose por la persistencia de la acción penal en la presente causa. En subsidio, solicita se anule la sentencia y se ordene el reenvío al subrogante legal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General se remite a los argumentos vertidos por la representante del Ministerio Público Fiscal en oportunidad de interponer el recurso sometido a tratamiento.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal, conforme se explicará a continuación.

Tal como se ha reseñado en los apartados anteriores, el tema central a dilucidar consiste en determinar si el **plazo máximo a tener en cuenta para el cómputo de la prescripción de la acción penal** se corresponde con el previsto para la pena de prisión con que se reprime un delito determinado o con el previsto para la pena conminada en forma conjunta o alternativa con la primera.

En ese orden, considero que la solución dada por el a quo al planteo sometido oportunamente a su consideración ha sido el adecuado, de acuerdo a un **análisis sistemático** de la norma que rige la materia. Así, si bien comparto lo sostenido por la recurrente en cuanto a que «la acción correspondiente a la infracción [...] es una sola aunque las sanciones legales previstas [...] sean dos, aplicables conjuntamente, el término de la prescripción es único y no está determinado por el de la sanción más grave (art. 5° del Código Penal) sino por aquel cuya prescripción es mayor» (CSJN, fallos: 300:714), entiendo que esa mayor extensión del plazo debe ser analizada de acuerdo a la finalidad integral prevista en el art. 62 del C.P.

De ese modo, no puede soslayarse que la norma aludida, en su inc. 2º, establece que se producirá la prescripción de la acción penal si transcurriere el máximo de duración de la pena prevista para el delito «si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión», plazo que no podrá exceder de doce años ni ser inferior a dos.

Como se advierte, en casos de delitos conminados con penas de prisión o reclusión, el plazo máximo de prescripción a considerar es el previsto para ese tipo de pena y no otro, puesto que la norma no supedita esa disposición a que se trate de la pena de prisión o reclusión prevista en forma única, como sí lo hace en relación a la pena de inhabilitación (art. 62, inc. 3 y 4 del C.P.).

Dicho en otros términos, si el legislador hubiese entendido que correspondía diferenciar el plazo de prescripción entre los delitos reprimidos con pena de prisión o reclusión prevista en forma única y los reprimidos en forma conjunta con inhabilitación o multa, así lo hubiese expresado, tal como ocurre en relación a la pena de inhabilitación.

En función de ello, surge claro que en todos aquellos delitos que se encuentren sancionados con pena de reclusión o prisión, será la duración de éstas la que determine el lapso de tiempo a computar para determinar si la acción penal continúa vigente, resultando indiferente a ese fin que se encuentren

conminados en forma conjunta o alternativa con algún otro tipo de pena. Lo afirmado obedece a que la aplicación de un criterio de interpretación como el propiciado por la recurrente conduciría a prolongar la persecución penal para ilícitos más leves -reprimidos con penas conjuntas o alternativas de prisión e inhabilitación (v.g. lesiones leves culposas – art. 94 del C.P.-)- por un plazo más largo que el de la pena única de reclusión o prisión previsto para delitos más graves (v.g. lesiones leves dolosas –art. 89 del C.P.–). Ello, basado tan sólo en que el delito de menor entidad prevé una pena conjunta o alternativa de inhabilitación temporalmente más extensa que la de reclusión o prisión, lo que claramente aparece como desproporcionado y contrario a la lógica de las escalas penales previstas por el legislador.

En otras palabras, no parece razonable interpretar que el legislador, al establecer los plazos del art. 62 del C.P. y en función de ellos, haya pretendido otorgar la misma entidad a delitos tan disímiles como un homicidio culposo –cuya acción prescribiría a los diez años, conforme el criterio de la impugnante– y un homicidio doloso agravado por el uso de arma de fuego –en que la acción prescribiría a los doce años, también con ese criterio–, circunstancia que no se corresponde con los **criterios de proporcionalidad de la pena y gravedad** del ilícito tenidos en cuenta al establecer la escala penal prevista para cada uno de esos delitos.

Por otro lado, se advierte que la posición adoptada por la representante del Ministerio Público Fiscal implica una ampliación del plazo de prescripción mediante una interpretación de la ley en perjuicio del imputado, lo que no resulta compatible con los principios que rigen nuestro sistema penal.

En definitiva, considero que los agravios casatorios no pueden prosperar, en tanto no se han verificado errores de interpretación de la ley penal sustantiva en la resolución cuestionada y tampoco resulta viable la aplicación del criterio interpretativo propiciado por la recurrente.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 298/300 vta. de estos obrados por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 118 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen a sus efectos.

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

25- ESPOSITO y ot.. 08-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AI	PCE	-	-	A P2°	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcEsposito.pdf

Lex: Art. 45,79, 55 y 149 bis y 46 del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: VG. Homicidio simple. Concurso real. Amenazas agravadas. Arma impropia. Autoría. Participación secundaria. Perspectiva de género. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó a:

a- Luis Gatica a la pena de **dieciocho años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en concurso real con el delito de amenazas agravadas por el uso de arma (arts. 45,79, 55 y 149 bis del CP; arts. 557, 558 y concs. del CPP).

b- Danilo Gatica a la pena de **seis años de prisión** por considerarlo partícipe secundario del delito de homicidio simple que se le atribuyó en el marco de dicha causa (arts. 46 y del C.P.; arts. 557, 558 y concs. del C.P.P.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de los acusados.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 233 pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.*

Parágrafos destacados

“Por su lado, considero que el segundo punto de crítica, relativo a la mensuración de la pena de Luis Emanuel Gatica, tampoco puede ser recibido en esta instancia, toda vez que los criterios evaluados por el tribunal han sido sopesados, según estimo, de manera adecuada.”

“En efecto, la valoración sobre **la «nocturnidad»** en el que ocurrió el suceso en un sentido agravante resulta correcto, en tanto que dicho contexto, evaluado ex ante y objetivamente, configura condiciones que disminuyen eventuales posibilidades de defensa de la víctima y eleva el grado disvalioso del hecho. En el mismo sentido deben ser valoradas las consideraciones sobre **la «planificación»** con que se movieron los involucrados, toda vez que ese tipo de acción demuestra una organización que, en términos objetivos y subjetivos, indican un aseguramiento del resultado lesivo, lo que debe repercutir en el monto de la pena.”

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

(A.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04642125-0/1((028601-165732)) FC/ ESPOSITO RIOS, GATICA CABRAL LUIS EMANUEL, GATICA CABRAL DANILO EBER P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (165732) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104726033*

En Mendoza, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04642125-0/1 caratulado “F. C/ ESPÓSITO RIOS GATICA Y OTS. P/HOMICIDIO CALIFICADO”.

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

A fs. 1428/1439 la defensa de los acusados Luis Emanuel Gatica Cabral y Danilo Eber Gatica Cabral interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 233 (fs. 1.385 y vta. y 1.387 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1.388/1.404 vta.) en tanto que, por su intermedio, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó al primero de los nombrados a la pena de 18 años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio simple en concurso real con el delito de amenazas agravadas por el uso de arma, que se le atribuyeron en el marco de los autos N° P-156.732/17 (arts. 45,79, 55 y 149 bis del CP; arts. 557, 558 y concs. del CPP).

Asimismo, en tanto que condenó al segundo de ellos a la pena de seis años de prisión por considerarlo participe secundario del delito de homicidio simple que se le atribuyó en el marco de dicha causa (arts. 46 y del C.P.; arts. 557, 558 y concs. del C.P.P.).

A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Resolución recurrida

Los miembros del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial entendieron que la mayor parte del objeto procesal descrito en la pieza acusatoria de fs. 1.067/1.085 se encontraba acreditada.

En lo sustancial ésta reza que, para el día 26 de diciembre de 2.017, siendo aproximadamente las 22:00 hs., los hermanos Danilo Eber Gatica y Luis Emanuel Gatica se apersonaron en las inmediaciones del domicilio sito en calle Bernardo de Irigoyen N° 905 de la ciudad de San Rafael, con la intención de quitarle la vida a Franco Núñez mediante el empleo de armas blancas. Una vez en el lugar, Luis Gatica se acercó a Macarena Pereyra -su ex pareja- y a Franco Núñez y le manifestó a éste: «¿qué onda con la Macarena?», mientras que el coimputado Danilo Gatica se encontraba detrás de su hermano empuñando un arma blanca tipo navaja, con la cual hacía ademanes dirigidos hacia Núñez, respondiendo éste último: «nada, nos estamos conociendo».

En dicho momento, Luis Gatica extrajo de uno de los bolsillos de su pantalón un cuchillo de aproximadamente veinte centímetros de largo, corrió a Macarena hacia un lado, se abalanzó sobre Franco Núñez y le asestó una puñalada en la zona abdominal costado izquierdo, lo que le provocó una herida punzocortante que lesionó su estómago y páncreas y puso en peligro en su vida.

Luego de recibir la agresión, la víctima huyó con dirección hacia calle Telles Meneses y los acusados emprendieron su persecución, desistiendo de la misma al advertir que Núñez detuvo su marcha gravemente herido y fue auxiliado por los vecinos de la zona. Tras ello, los hermanos Luis y Danilo Gatica se dieron a la fuga provocando con su accionar la muerte de Franco Núñez a causa de una hemorragia interna por herida de arma blanca (ver fundamentos, fs. 1388 vta./1.389 vta.).

El tribunal a quo consideró que el comportamiento acusado a Luis Gatica se encontraba debidamente acreditado toda vez que, sobre ese aspecto de la acusación, no había existido controversia alguna por parte de la defensa.

Asimismo, advirtió que la discusión suscitada en la audiencia de debate se circunscribió a si podía considerarse, por un lado, que el homicidio de Franco Núñez podía ser subsumido bajo los lineamientos del art. 80 inc. 12 del CP -esto es, como un caso de homicidio agravado por mediar el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja-; y, por otro lado, si la intervención de Danilo Gatica en el hecho tenía relevancia jurídico penal y, en su caso, con qué grado (ver fundamentos, fs. 1.390 vta.).

Respecto de éste último aspecto, tras valorar los elementos de prueba rendidos en el debate, el tribunal de mérito entendió que existía un grado de incertidumbre respecto de si el aporte de Danilo Gatica fue esencial o no, situación que lo convenció de dar por corroborado un grado de intervención menos gravoso y condenar al acusado como partícipe secundario (ver fundamentos, fs. 1.397).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc.1 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por considerar que contiene vicios in procedendo.

En un primer orden de ideas, aduce que la participación de Danilo Gatica en el hecho ha sido sostenida con una valoración arbitraria de la prueba incorporada al proceso.

Así, enumera distintos elementos de prueba sopesados por el tribunal e indica que estos no permiten sostener, con el grado de certeza necesario, que el acusado haya realizado algún tipo de aporte en el hecho investigado.

En concreto, entiende que no se encuentra acreditado que el acusado se haya bajado del rodado en el que se trasladó Luis Gatica y se haya colocado detrás de éste portando un arma blanca. Asimismo, sostiene que la prueba rendida en el debate confirma que Danilo permaneció en el auto en el que se trasladó junto a su hermano y que se bajó del mismo una vez que Franco Núñez ya había recibido el ataque y emprendido su huída.

Explica que no existe elemento alguno que demuestre que Danilo Gatica tuviese planeado el homicidio de Núñez. Sobre este punto refiere que el mensaje de texto que Luis le mandó, y aludía a «ir a hacer cagar a alguien», no refiere a un lugar o víctima concretos y sólo puede graficar un dolo de agresión –no un dolo homicida–. Añade que el acusado no tenía conocimiento de las intenciones de su hermano y que se enteró de la agresión dentro del vehículo, luego de que esta había ocurrido.

Manifiesta que el único elemento que avala la participación del acusado es la declaración de Macarena Pereira, elemento que critica como mendaz y oscuro. Explica que Pereira es la única testigo que sostiene que Danilo Gatica intervino en el hecho, pero que se trata de una testigo con trastornos de personalidad que manipula su relato con posibles fines gananciales.

Finaliza este aspecto de la crítica al sostener que lo único que se ha acreditado es que Danilo Gatica persiguió, junto a su hermano, a la víctima cuando ya estaba herida, es decir, luego de que éste hubiese asestado el golpe homicida, circunstancia fáctica que no puede configurar el comportamiento imputado.

En otro orden de ideas, entiende que la pena impuesta al acusado Luis Emanuel Gatica Cabral se ha valido de argumentos arbitrarios y enumera distintos aspectos considerados por el tribunal a quo.

Afirma que el contexto de «nocturnidad» ha sido valorado de modo arbitrario, toda vez que esta circunstancia no constituye una agravante objetiva en la medición de la pena. Entiende que el tribunal sólo la ha mencionado y no ha explicado las razones por las que la sanción debe ser mayor.

Se agravia por la utilización, de un modo agravante, de la «premeditación» del ataque a la víctima, toda vez que este aspecto del hecho no explica un ilícito de mayor proporción merecedor de una pena más gravosa.

Señala además que «la falta de provocación de la víctima» no puede ser considerado una circunstancia agravante de la pena porque, según lo sostuvieron los testigos de la causa, sí existió una pelea o riña entre víctima y victimario. Asimismo, califica como irracional y arbitrario que el tribunal haya utilizado a la «violencia de género» como un aspecto agravante, puesto que en el hecho no se ejerció violencia sobre una mujer y toda vez que no existen elementos que demuestren que el crimen obedeció al propósito de causarle sufrimiento a la pareja de la víctima.

Cómo último agravio en este aspecto de la crítica, la defensa se agravia en tanto que el tribunal no valoró circunstancias atenuantes, entre las que enumera la edad del acusado, la falta de antecedentes, la confesión y el pedido de perdón en la audiencia de debate, su puesta a disposición voluntaria y su situación de padre de familia y persona trabajadora.

Con todo lo dicho hasta aquí, indica que la pena impuesta a Luis Gatica no cumple con el efecto resocializador que demandan los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Formula expresa reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso presentado por la defensa de los acusados, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida.

Respecto de las consideraciones críticas relativas a la intervención delictiva del acusado Danilo Gatica, afirma que se encuentra probado que éste portaba un arma blanca y que la blandía detrás de su hermano para acompañarlo y apoyarlo en el ataque a la víctima. Asimismo, entiende que tanto la naturaleza de la acción cometida por Luis Gatica, como los medios empleados en ésta, no pudieron serle ajenos.

En lo relativo a la determinación de la pena del acusado Luis Gatica, el Procurador General afirma que no puede considerarse, como indica el recurrente, que el tribunal de sentencia no haya fundado su postura.

En este sentido, enumera los criterios contemplados por el a quo, tanto en sentido agravante como atenuante y señala que la pena impuesta no aparece como desproporcionada a la luz de la gravedad del delito perpetrado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelante mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

El primer punto de agravio referido por la defensa crítica, en esencia, hechos corroborados por el tribunal de sentencia en tanto que coloca al acusado Danilo Gatica como un partícipe secundario en el homicidio de Franco Núñez. Según ha dicho el recurrente, la prueba rendida en la audiencia de debate no ha

permitido tener por corroborado que (a) Danilo Gatica se bajó del vehículo junto con su hermano y se colocó detrás de este blandiendo una navaja, y (b) que éste haya conocido los planes homicidas de Luis Emanuel Gatica, motivo por el que no pudo sostenerse que haya acordado matar a Franco Núñez.

Para aseverar lo anterior criticó, fundamentalmente, el testimonio de Macarena Rodríguez, a quien calificó como una testigo con problemas de personalidad y tendencia a la manipulación de su relato, y, asimismo, el valor probatorio otorgado al mensaje que Luis Gatica le mandó a su hermano Danilo, al que consideró asertivo sólo de un dolo de agresión y no de un plan homicida.

Estos argumentos, según estimo, deben ser rechazados en esta instancia puesto que no configuran más que la **reedición de argumentos** que ya fueron vertidos en la instancia de debate y que, conforme se desprende de los fundamentos del tribunal cuestionados, no han logrado controvertir la hipótesis de la acusación. En efecto, la compulsa de las constancias del debate demuestra con claridad que cada uno de los puntos de agravio referidos en este punto del recurso remiten a la teoría del caso presentada por la defensa en la instancia de alegatos, construcción que intenta desligar al acusado Danilo Gatica de cualquier aporte de carácter objetivo en el homicidio de Franco Núñez y de cualquier tipo de connivencia subjetiva en torno a ello.

A pesar de esta remisión, lo cierto es que la defensa no ha otorgado precisiones capaces de hacer variar el grado convictivo alcanzado por el tribunal, ni ha dado razones para sospechar que éste haya valorado la prueba rendida en el debate de un modo arbitrario.

El principal elemento de prueba tenido en cuenta por el tribunal a quo para tener por cierta la versión de la acusación fue el testimonio de Macarena Pereya, que ha sido calificado como mendaz en el recurso con los mismos argumentos con los que fue criticado en la etapa de alegatos (ver soporte audio visual correspondiente al día correspondiente a la audiencia de debate del día 24/10/2018, a partir del minuto 3:59:00).

Sobre el punto, no puede soslayarse que las intervenciones de Pereyra en el proceso fueron ampliamente estudiadas por el tribunal y confrontadas con los demás elementos de prueba rendidos, razón que me convence de que su testimonio no puede ser considerado «oscuro» o «mendaz».

En efecto, tras resaltar que en el acta de denuncia la testigo dio una versión con datos diferentes a la versión testimonial de fs. 166/169 (coincidente esta última con lo dicho en el debate), el a quo trajo a colación la información brindada por los especialistas del EPI y el CMF. En este sentido, refirió que el Dr. Roberto Cesario atribuyó las contradicciones en las que incurrió Macarena Pereyra al estado de temor y angustia sufrido por la situación de violencia que atravesaba su relación con Luis Gatica. Asimismo, resaltó que la Lic. López Dardanelli dio una versión satisfactoria respecto del cambio de versiones de la testigo, al aludir que «por su inmadurez, por el temor de la situación y porque estaba demasiado implicada [...], tanto de un lado como del otro, no era objetiva, no era imparcial, estaba comprometida con ambos lados, [...] no sabía de qué lado ponerse. Podía ver un hecho que había estado mal, un hecho violento pero no sabía de qué lado estar» (ver fundamentos, fs. 1.393 y vta.).

De este modo el tribunal consideró que, debido a que Macarena atravesaba un contexto de violencia de género con su ex pareja y padre de su hijo (con quien mantenía un vínculo afectivo paralelo) y atento a que la familia de la víctima le reprochaba haber ido con el acusado hacia el domicilio de Franco Núñez, «como haciéndola responsable», era entendible que en los inicios de la investigación intentara desinclinarse y hacer lo mismo con Luis Gatica. En definitiva, que podía concluirse que las manifestaciones de Macarena Pereyra eran válidas y verosímiles (ver fundamentos, fs. 1.394).

Por lo dicho entonces, no pueden recibirse las críticas recursivas que intentan debilitar el testimonio de Macarena Pereyra para sostener que no existen elementos de prueba que coloquen al acusado Danilo Gatica en el escenario de los hechos. Fue a partir de la **credibilidad de la testigo** que el tribunal consideró plausible la plataforma fáctica acusada a Danilo Gatica, especialmente cuando aquella refirió «[...] yo golpeo la puerta y me atiende Barby, y le digo Barby está Franco, me dice sí y cierra la puerta, cuando yo me doy vuelta [lo tengo] a Emanuel atrás mío, cuando veo venir a Franco me doy vuelta y lo veo a Danilo, en ese momento le hice señas a Franco para que no saliera, cuando Franco sale Danilo le hacía así a Franco -la testigo realizó ademanes con la mano como empuñando un arma blanca-» (ver fundamentos, fs. 1396 vta). Por lo demás, la crítica referente al mensaje enviado por Luis Gatica a su hermano Danilo tampoco puede ser recibida, toda vez que no controvierte la certeza alcanzada por el tribunal. En efecto, si bien es cierto que la expresión «ir a hacer cagar a alguien» no puede ser considerada asertiva de una intención homicida, no es menos cierto que este dato fue valorado por el tribunal como un indicio atado al resto de los elementos de prueba recolectados (en especial, el testimonio de Macarena Pereyra), y no como el único elemento de prueba indicativo de la responsabilidad de Danilo Gatica (ver fundamentos, fs. 1.396). Por su lado, considero que el segundo punto de crítica, relativo a la mensuración de la pena de Luis Emanuel Gatica, tampoco puede ser recibido en esta instancia, toda vez que los criterios evaluados por el tribunal han sido sopesados, según estimo, de manera adecuada.

En efecto, la valoración sobre la «nocturnidad» en el que ocurrió el suceso en un sentido agravante resulta correcto, en tanto que dicho contexto, evaluado ex ante y objetivamente, configura condiciones que disminuyen eventuales posibilidades de defensa de la víctima y eleva el grado disvalioso del hecho. En el mismo sentido deben ser valoradas las consideraciones sobre la «planificación» con que se movieron los involucrados, toda vez que ese tipo de acción demuestra una organización que, en términos objetivos y subjetivos, indican un aseguramiento del resultado lesivo, lo que debe repercutir en el monto de la pena. La pelea entre víctima y victimario a la que alude el recurrente, como circunstancia previa del ataque, no puede ser valorada en un sentido atenuante como lo estima la defensa, puesto que este cuadro fáctico no se tuvo por acreditado por el tribunal.

Las consideraciones críticas relativas al contexto de violencia de género que tuvo en miras el tribunal, tampoco pueden ser avaladas. Si bien es cierto que el hecho no obedeció al propósito del acusado de causarle sufrimiento a Macarena Pereyra, esta particularidad fue tenida en cuenta por el tribunal (lo que determinó que el tribunal no pudiera aceptar la hipótesis de la acusación que encuadró el hecho en los lineamientos del art. 80 del CP).

Según advierto, las alusiones del tribunal al contexto de violencia de género que sufría la testigo Macarena Pereyra fueron referencias para aludir, solamente, al **dolor indirecto** generado en Pereyra, quien internamente asumió una posición de responsabilidad por el suceso.

Ello no resulta criticable según mi parecer, puesto que el **daño provocado es una razón que eleva la gravedad del suceso delictivo y merece una respuesta punitiva mayor** (ver fundamentos, fs. 1.403).

Finalmente, debe destacarse que las particularidades que la defensa detalla como omitidas por el tribunal -la confesión del acusado, su edad y la falta de antecedentes-, en realidad, fueron valoradas, pero en una extensión distante de las intenciones del recurrente, valoración en la que no se advierte arbitrariedad alguna (ver fundamentos, fs. 1.403 y vta.). Por ello, a falta de mayores consideraciones indicativas de argumentos arbitrarios u omisiones en la valoración de aspectos del hecho, esta crítica no puede convertir a la sentencia en un acto inválido.

En conclusión, conforme lo señalado, la primera cuestión a resolver debe decidirse por la opción negativa. Las consideraciones de la defensa no han podido demostrar que la sentencia n ° 233 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial sea un acto jurídico inválido, pasible de una sanción de nulidad.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro adhieren

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado a fs. 1.428/1.439 por la defensa de los acusados Luis Emanuel Gatica Cabral y Danilo Eber Gatica Cabral y, en consecuencia, confirmar la sentencia n ° 233 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos, obrantes a fs. 1385 y vta.; 1387 y vta. y 1388/1404 respectivamente.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

26- MINATI KRIER. 08-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AF	PPP PCE	-	-	A P2°	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcMKC.pdf

Lex: Art. 80 incs. 1° y 11°, 41 bis, 45, 46 del CP.

Vox: VG. Homicidio agravado. Vínculo. Violencia de género. Arma de fuego. Autoría. Participación secundaria. Derecho de defensa. Control de la prueba.

Summa:

El TPC:

a-absolvió a C. S. Q. P. del delito de participación criminal secundaria en homicidio agravado por el vínculo por mediar violencia de género y por el uso de arma de fuego (arts. 80 incs. 1 y 11, 41 bis del Código Penal).

b- condenó a C. D. M. K. a la pena de **prisión perpetua** como **autor** del delito de homicidio agravado por el vínculo por mediar violencia de género y por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 1 y 11, 41 bis del CP).

c- condenó a J. O. M. B. a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de **partícipe secundario** en el delito de homicidio agravado por el vínculo (arts. 80 inc. 1 del CP).

Interponen recurso de casación:

a- el querellante particular: Formula su pretensión recursiva a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP.

b- la defensa de C. M.: Promueve la impugnación al amparo del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

c- la defensa de J. O. M.: Alega el recurrente que el acto sentencial que critica padece vicios in procedendo e in iudicando.

El **Procurador General** examina los agravios promovidos por los recurrentes y señala que los recursos proceden formalmente y deben ser tratados en el fondo, sin embargo, considera que no resultan sustancialmente procedentes; entiende que no es posible acoger los recursos promovidos y que la sentencia impugnada debe ser confirmada.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación promovidos por el querellante particular, por la defensa de C. D. M. K y la defensa de J. O. M. B.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 164, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- “Benitez” 12-12-06. (Publicado: DJ 2007-I, 685).

b-SCJM

- Cruz Huanca. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

“La motivación en el actuar del acusado, en tanto elemento ultra intencional al momento de acabar con la vida de su pareja, no obsta a la apreciación del agravante del art. 80 CP, si se verifica objetivamente que existe entre víctima y victimario una **relación de asimetría** que somete la vida de la primera, por su condición de mujer, a la voluntad del segundo.”

“Entre la ejecución del homicidio y la violencia de género debe existir **una relación de mediación como contexto objetivo de violencia** que motiva la ejecución, lo cual hace referencia a una relación de sometimiento entre victimario y víctima que coloca a esta última en una especial posición desventajosa por su condición de mujer.”

“Las conductas que recaen sobre la vida de las mujeres, mediadas por la cosificación de sus cuerpos de mujer, en un orden patriarcal, terminan con el vaciamiento de sus derechos más básicos y fundamentales. Por ello, estas conductas, cuando acaban con la vida de la víctima, se nombran y visibilizan a través del concepto de femicidio para develar los cimientos estructurales de la violencia de género que le subyacen.”

“La violencia de género subyacente a la calificación del inc. 11 del art. 80 CP no debe entenderse como un propósito que, a modo de elemento **ultra intencional** guía la actividad del autor, **sino como un contexto objetivo** que precede y motiva la comisión del hecho basada en una relación de desigualdad entre el varón y la mujer. La violencia que se debe tener en cuenta al momento de aplicar dicha agravante es aquella que se utiliza para callar, oprimir, sujetar y, finalmente, matar a las mujeres. En ella puede apreciarse una anulación de los derechos de las mujeres.”

- Galdeano Reyes: 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

Parágrafos destacados

“Por lo expuesto entiendo que la pretensión efectuada en relación a la no valoración de la declaración de Q. P. en la sentencia y la consecuente nulidad de aquella al haberse ponderado la misma no puede prosperar en tanto que la solución adoptada por el juez es correcta, y por ello el agravio es improcedente. Ello así por cuanto el recurrente tuvo una activa participación en el proceso y estuvo en condiciones de controvertir las conclusiones que de tal declaración y los elementos de prueba que la apuntalaron se desprendían contando con la **posibilidad de controvertirla**, sin haber reclamado su oposición a su incorporación (ver al respecto registro audiovisual del debate en fecha 17/9/18 a partir del minuto 56.52). Además no se verifica menoscabo en el derecho de defensa de C. M. derivado de la hipótesis defensiva esgrimida por Q. P., al haberse encontrado tales manifestaciones y sus implicancias expuestas al **control de las partes**. Por ello, no resulta atendible el agravio consistente en la solicitud de nulidad de una declaración, que el propio recurrente, en su constante contralor del material probatorio incorporado a la causa, interpretó como válida.”

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

(A.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04572689-9/1((018602-98916)) FC/ M. K. C. D., Q. P. C. S., M. B. J. O., P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (98916) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104655345*

En Mendoza, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04572689-9, caratulada "F. C/ M. K. C., Q. P. C., M. B. J. S/CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 1361/1366, el querellante particular promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 164, obrante a fs. 1336/1337, de fecha 21 de septiembre de 2.018, y sus fundamentos de fs. 1342/1356, en tanto absuelve a C. S. Q. P. del delito de participación criminal secundaria en homicidio agravado por el vínculo por mediar violencia de género y por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc.s 1 y 11, 41 bis del Código Penal) que se le atribuía en autos N° P 98.916/16.

A fs. 1369/1383 se presentan los defensores técnicos de C. D. M. K. y formulan recurso de casación en contra de la Sentencia N° 164 obrante a fs. 1336/1337, de fecha 21 de septiembre de 2.018, y sus fundamentos de fs. 1342/1356, en tanto condena al nombrado a la pena de prisión perpetua como autor del delito de homicidio agravado por el vínculo por mediar violencia de género y por el uso de arma de fuego (arts. 80 inc. 1 y 11, 41 bis del CP).

A fs. 1412/1421 se encuentra agregado el recurso de casación formulado por los defensores técnicos de J. O. M. B. en contra de la Sentencia N° 164, de fs. 1336/1337 dictada en fecha 21 de septiembre de 2.018 y sus fundamentos de fs. 1342/1356, en tanto condena a su defendido a la pena de diez años de prisión como autor del delito de participe secundario en el delito de homicidio agravado por el vínculo (arts. 80 inc. 1 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en colegiado, en autos N° P 98.916/18 y P 86.364/16.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. VALERIO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso tuvo por acreditado que: «[...] tengo por cierto que M. se contactó antes del 20 de setiembre con M. con la finalidad de que en las cercanías del lavadero de papas de éste, se hiciese un pozo a fin de enterrar a su mujer. M. tomó activa colaboración toda vez que aceptó disponer que un empleado suyo (Q.) cavase el pozo sin saber su destino, indicando el lugar en el que debía hacerse y aportando las herramientas necesarias, concurriendo además junto a M., permaneciendo en el lugar mientras Q. llevaba a cabo la tarea y luego volviendo los tres en el auto de M. hasta el lavadero. Luego de ello, ya el 20 de setiembre M., en clara demostración de que conocía no solamente para qué se había hecho el pozo, sino que además sabía que se ofrecía dinero para consumir el hecho, concurrió a lo de Q. ofreciéndole dinero para matar a una mujer cosa que el último nombrado no aceptó. Luego de ello, el 21 y en las circunstancias que ya he mencionado, M. mató a J. Z.

de dos disparos y sin que pueda determinarse la fecha exacta, la llevó hasta el lugar en el que estaba el pozo y la enterró en él» (ver fs. 1350).

A su vez, se agregó que «[...] tengo la convicción, por las razones que he dado, que Q. al momento de prestar su intervención en el hecho efectivamente desconocía la finalidad por la que se le pidió que cavara el tantas veces mencionado pozo en el que fue encontrado el cadáver de J. Z.. Cuanto menos, existen fundadas dudas de que estuviese en conocimiento de que, días después, fuese enterrada allí la infortunada víctima del sub judice. No hay ninguna prueba que lo señale a él como participando en una actividad preparatoria de un homicidio. Ningún testigo lo señala de ese modo. Ni siquiera M. en su poco creíble versión lo apunta como conociendo previamente que el homicidio iba a cometerse. Dado lo anterior y a diferencia de lo que he afirmado respecto a M. y a M., Q. debe ser absuelto en esta causa del delito que se le atribuye» (ver fs. 1351).

Para así decidir el Tribunal valoró: las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por R. A.; M. Z.; T. Z.; P. G.; M. S. F.; F. G.; J. G.; L. C.; L. M.; R. G.; J. R.; M. O. F.; L. C.; J. C. Z.; J. Z.; M. N.; D. N.; M. D, C. G.; Lic. G. L. L. y el resto de la prueba debidamente incorporada.

II.- Los recursos de casación formulados.

a. El recurso del querellante particular

Formula su pretensión recursiva a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP.

Sostiene que al absolver a C. S. Q. P. el Tribunal incurrió en falta de motivación, motivación contradictoria y violación de la libre convicción.

Señala al valorar la prueba que el tribunal de juicio asignó gran crédito a la declaración indagatoria de Q.. Agrega que el a quo refirió que éste aportó datos más certeros sobre las circunstancias previas a la muerte de J. Z. y por ello en la sentencia estableció que en primer momento C. Q. cavó un pozo por orden de su jefe -M.- sin saber que era para enterrar el cuerpo de J. Z.. Luego, el 20 de septiembre de 2016 M. le ofreció dinero para matar a una mujer, Q. rechazó el ofrecimiento y con posterioridad se enteró de lo sucedido.

Se queja de que el tribunal omitió considerar los dichos de testigos y otras constancias del expediente, en tanto que de ellas resulta la falta de veracidad de Q. y la imposibilidad de no haber conocido los motivos por los que cavó el pozo.

Solicita informar oralmente a tenor del art. 480 del CPP.

Formula reserva del caso federal.

b. El recurso de la defensa de C. M.

Promueve la impugnación al amparo del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Solicita que su asistido sea condenado a la pena de 14 años de prisión como autor del delito de homicidio agravado por el vínculo cometido en circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 inc. 1 y último párrafo del Código Penal).

Afirma que en la sentencia no se han observado normas que el código establece bajo pena de nulidad. Considera que se ha violado el derecho de defensa y la garantía del debido proceso de su defendido. Explica que se tomó como prueba fundamental del fallo la declaración de uno de los coimputados sin posibilidad de control de la defensa técnica, vulnerando lo establecido por el art. 198 inc. 3 del CPP.

Concretamente cuestiona que al recibirse declaración indagatoria a C. Q. P., durante la investigación penal preparatoria, no se haya notificado a la defensa de C. M.. Agrega que al no reproducirse la declaración en la sala de debates, durante la sustanciación del juicio, la defensa no tuvo oportunidad de interrogarlo o controlar sus dichos.

Añade que la declaración de Q. P. fue basal al momento de fundar las sentencias condenatorias y las pruebas se remiten a reforzar esta versión de los hechos. Critica que se haya desechado la propuesta de no valorar esa declaración. Cuestionan la afirmación del Tribunal relativa a que lo ocurrido en la presente no guarda similitud con el fallo “Benítez” de la CSJN.

Critica el accionar de la Fiscalía de Homicidios puesto que a su criterio bastaba con notificar a la defensa de M. de la oportunidad en que Q. iba a prestar declaración y de esta manera su defendido hubiera podido ejercer los derechos que le asisten. A su criterio existen motivos para sospechar de coacción o amenaza sobre Q., sospecha que se acrecienta al no prestar declaración durante el debate Q..

En segundo lugar, critica la valoración del material probatorio rendido en la audiencia de debate, afirma que se han violado las reglas de la sana crítica racional. Formula cuestionamientos en torno a la omisión de ponderación de elementos de convicción relevantes en torno a la fecha de confección del pozo, tales como informes del CEO. Además critica la valoración de las testimoniales de P. G., M. del C. G. y L. C..

En relación a los vicios in iudicando cuestiona la aplicación del derecho penal sustantivo al estimarla errónea. Señala que en el debate esa defensa postuló la condena de su defendido por el delito de homicidio calificado por el vínculo agravado por el uso de arma de fuego y que la pena se redujera por las circunstancias especiales de atenuación (art. 80 último párrafo del CP).

Entienden que no se verifica la agravante por **violencia de género** toda vez que no pudo ser acreditada la **relación desigual de poder** y la situación de sometimiento de la mujer respecto del hombre.

Señalan que no surge de las audiencias del debate la violencia económica que refiere la resolución relativa a que el acusado «ahogaba económicamente» a J. Z. y cuando estaban juntos oponía obstáculos para que trabajara. Al efecto refiere las testimoniales de R. Q. y de las amigas y conocidas de J. Z., quienes declararon que la víctima no faltaba nunca al trabajo, que era muy responsable y que M. la llevaba muchas veces a trabajar y también la buscaba hasta allí. Actitud que a criterio de los recurrentes, dista de quien impide u obstaculiza el trabajo ajeno.

Agregan que la existencia de disputas relativas al monto que su defendido debía abonar en concepto de alimentos no puede considerarse violencia económica.

Manifiestan que tampoco surge del debate evidencia de posible violencia psicológica puesto que J. Z. era absolutamente independiente, organizada, con tiempo más que suficiente para ella y su hija, practicaba deportes, trabajaba, vendía cosméticos, concurría a asados de trabajo, se juntaba con sus amigas, salía a cenar y a bailar sola, iba a la pileta y se enojaba porque M. no la acompañaba.

Pone de resalto las relaciones paralelas que J. Z. mantuvo –con N. P. y otra persona más señalada por J. G.–; para concluir que claramente el imputado no le seguía los pasos a la víctima. Niega la existencia de asimetría de poder.

Entienden que M. mató a J. Z. no porque «fuera suya» o «la considerase de su propiedad», sino porque la sorpresa lo invadió al descubrir que le era infiel. Se queja de que en la sentencia nada se haya dicho sobre las fotos agregadas al expediente en las que Z. se encuentra sin ropa y habían sido enviadas a N. P..

Critican la ausencia de análisis de las circunstancias especiales de atenuación alegadas por la defensa, por lo que concluyen que la calificación legal aplicada es errónea y perjudica a su defendido.

Solicitan informar oralmente a tenor del art. 480 del CPP.

Formulan reserva del caso federal.

c. El recurso de la defensa de J. O. M.

Alega el recurrente que el acto sentencial que critica padece vicios in procedendo e in iudicando.

En relación a los vicios de procedimiento considera que la sentencia resulta nula por cuanto es arbitraria, desprovista de fundamentos legales, y marginó prueba legítimamente incorporada.

Considera que con los elementos probatorios incorporados a la causa no es posible sostener que su defendido tuvo la participación que se le endilga en estos hechos. Refiere que existen dudas insalvables en relación a la ayuda prestada en el hecho y el momento en que se prestó y el conocimiento de M. sobre el accionar de M..

Señala que el eje de la sentencia es la declaración de Q. P. corroborada relativamente por los testimonios de P. G., M. del C. G. S. y L. E. G. S..

Respecto a los vicios sustantivos entiende que resulta incorrecto el encuadre típico dado a su defendido como partícipe secundario del delito de homicidio agravado por el vínculo. Señala que no existe referencia al pedido de la defensa en relación a la calificación de encubrimiento agravado contenido en el art. 277, inc. 3, apartado a del CP. Agrega que su asistido prestó una ayuda posterior al hecho sin que tal ayuda fuese en cumplimiento de una promesa anterior.

Formula reserva del caso federal.

III. Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1434/1438 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Examina los agravios promovidos por los recurrentes y señala que los recursos proceden formalmente y deben ser tratados en el fondo, sin embargo considera que no resultan sustancialmente procedentes.

En relación al recurso del querellante señala que el a quo valoró debidamente la declaración de Q. y la cotejó con numerosos elementos probatorios. Considera que, en especial el testimonio de P. G. fue el que confirmó la versión de Q. P.. Añade que gracias a esta secuencia y los dichos de Q. se encauzó la investigación. Sostiene que el razonamiento del Tribunal es coherente y lógico y su análisis del plexo probatorio minucioso.

Entiende que de haber conocido Q. la finalidad por la cual le ordenaron cavar el pozo no habría hecho las revelaciones que ayudaron a resolver el caso y que el juez no encontró ninguna intencionalidad aviesa en el señalamiento de M. y M.. Afirma que la sentencia está en este punto fundada y el sentenciante demostró los motivos por los cuales no adquirió certeza necesaria para condenar.

En relación al recurso de la defensa de M., en primer lugar señala que el agravio relativo a la indagatoria de Q. prestada en la investigación penal preparatoria y valorada en la sentencia fue tratado por el a quo. Éste señaló las diferencias con el fallo «Benítez» y de ello deviene que la nulidad no puede prosperar. Expresa que la calidad de «**testigos de oídas**» respecto de P. G. y M. del C. G. no resta valor convictivo a sus dichos.

En cuanto a la inobservancia o errónea aplicación de la ley penal sustantiva considera que la calificación legal impuesta se encuentra debidamente fundada. Refiere que en la sentencia se ha puesto de resalto que el imputado al declarar dijo que amaba a J. Z. y que no le impedía juntarse con su familia, frase que da cuenta del modo en que se relacionaban el imputado y la víctima, y que M. consideraba dentro de sus derechos la facultad de permitirle o no a su mujer relacionarse con su familia, de tal manera entiende acreditada la relación desigual de poder y **sometimiento de la mujer** respecto del hombre. Señala la conducta restrictiva relativa a los gastos señalada por el hermano de la víctima, como también que el imputado la celaba y la sometía económicamente.

Concluye que la agravante se encuentra correctamente aplicada y fundados los motivos por los cuales se impuso, no logrando desvirtuar la defensa los argumentos del a quo. Entiende que tales argumentos permiten descartar las **circunstancias extraordinarias de atenuación** que propone la defensa.

Al expedirse sobre el recurso de la defensa de M. B. expresa el Procurador General que el tribunal de sentencia advirtió contradicciones internas en su relato, constituidas por afirmaciones de contenido ganancial con el fin de atribuir a M. y Q. toda la responsabilidad.

Refiere que del completo análisis del plexo probatorio el sentenciante tuvo por cierto que M. se contactó antes del 20 de septiembre con M. para que se hiciese un pozo donde enterrar a su mujer en las cercanías del lavadero de papas de éste.

Considera que la colaboración de M. fue activa ya que dispuso que un empleado suyo, Q., cavase el pozo; además concurrió al lugar con M. y permaneció mientras Q. realizaba la tarea. También está acreditado que fue a lo de Q. ofreciéndole dinero para matar a una mujer.

Manifiesta que la pretensión de una ayuda posterior al hecho sin la existencia de promesa anterior no tiene asidero en el plexo probatorio. Por los motivos que expone entiende que no es posible acoger los recursos promovidos y que la sentencia impugnada debe ser confirmada.

IV.- Audiencia de informe oral

En la sala de Audiencias del Tribunal se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancias de los recurrentes.

El Dr. D., representante de la parte querellante particular, los Dres. A. V. y L. S. por la defensa de C. M., y el Dr. E. S. defensor de J. O. M. expusieron sus respectivos argumentos.

A su turno, la Dra. D. C., fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo de los recursos de casación formulados.

V.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Examinados los recursos casatorios formulados y la sentencia impugnada anticipo mi opinión en el sentido de que corresponde el rechazo de los nombrados en primer término por cuanto no se advierten en aquella los vicios señalados.

De forma preliminar he de señalar que las censuras casatorias presentadas resultan formalmente admisibles por cuanto han sido promovidas por quienes presentan legitimación para hacerlo contra una sentencia expresamente declarada impugnada, a tenor de lo establecido por los arts. 475, 477 en función del art. 476 inc. 2 y 478 inc. 1 del CPP.

En atención a los diversos agravios formulados en los respectivos recursos casatorios promovidos es que procederé a abordar cada uno de ellos en forma individual conforme el desarrollo esgrimido por los recurrentes.

a. Recurso casatorio deducido por el querellante particular

Cuestiona la parte querellante particular el resultado del acto sentencial en relación a la absolución dispuesta en favor de C. Q. P..

Concretamente sostiene que respecto a la conducta atribuida a éste el tribunal a quo no ha motivado adecuadamente la sentencia, que es contradictoria y no se han respetado los principios de la sana crítica racional. Afirma que no es posible aseverar que C. Q. no conocía el fin al que estaba destinado el pozo y que la sentencia ha omitido considerar dichos de testigos y otras constancias del expediente de las que surge la falta de veracidad de los dichos de Q.. Así, resalta el valor de los dichos de J. C. Z. en audiencia de debate.

Ahora bien, de la reproducción del registro audiovisual de la testimonial prestada por J. C. Z. en audiencia de debate del día 14 de septiembre de 2.018 (ver a partir del minuto 0:25:00) no es posible afirmar, tal

como señaló el tribunal a quo, que C. Q. P. conocía el motivo por el cual había cavado el pozo. El testigo referido es cuñado de R. Q. -hermana de C. Q. P.- y, en base a las manifestaciones que su cuñada y su hermano le refirieron, es que J. C. Z. sugiere que el entonces imputado -C. Q. P.- conocía que en ese pozo se enterraría a una mujer. Entiendo que tal aseveración no se desprende adecuadamente de una interpretación integral de los dichos del testigo, ni del cotejo con el resto de los elementos de prueba. En efecto, J. C. Z. señaló que M. había ofrecido a E. A. Z. dinero por hacer el pozo pero que él -por E. A. Z.- no lo había hecho. Luego, agregó que fue R. Q. -hermana de C.- quien le dijo que aquél le había contado sobre la autoría del pozo. No obstante no se desprende de esta testimonial que C. Q. haya referido a su hermana que conocía el motivo por el cual había realizado la excavación.

Refiere el recurrente que en la sentencia se tiene por acreditado que el 23 de septiembre de 2016 Q. le contó a P. G. -su pareja- que había cavado el pozo y que al tomar conocimiento de lo ocurrido con J. Z. por los medios de comunicación cayó en la cuenta del destino de aquél. Sin embargo, de las constancias de la causa surge que la denuncia recién se radicó el 23 de septiembre y que tomó estado público días después, evento que a criterio del querellante particular, torna imposible la explicación brindada por Q. P..

A mi modo de ver tampoco este agravio logra derribar las conclusiones a las que llega el a quo. Si bien le asiste razón al recurrente en que la denuncia recién se formuló el día 23 de septiembre, considero que en virtud de los horarios en que se radicó, esto es a las 10.14 horas (ver fs. 1) y la hora en la que según P. G. dijo que C. Q. fue a su casa ese día (18.30 hs. Del 23 de septiembre, ver fs. 79), no resulta imposible -y en todo caso no se encuentra probado- que en ese lapso se haya tomado conocimiento público de la desaparición -en ese momento- de J. Z.. Además, entiendo que tal asociación de ideas pudo ser fácilmente llevada a cabo por Q. P., ya que según él mismo declaró, el pozo lo realizó antes del día de su cumpleaños, esto es el 20 de septiembre de 2016. Este último día M. fue a su casa a ofrecerle dinero para matar a la mujer de un amigo (ver fs. 1344). Al respecto advierto que el a quo en este punto valoró debidamente la declaración prestada por J. C. Z., aunque otorgándole un sentido contrario al que pretende el recurrente, al considerar que corrobora la declaración de Q. P. en relación a que M. andaba ofreciendo dinero para dar muerte a una mujer (ver fs. 1345).

Tampoco logra desmerecer la sentencia absolutoria dispuesta en relación a Q. P. las consideraciones en torno a que por la dimensión del pozo que se le solicitó realizar debía conocer el destino que se daría al mismo por su gran tamaño. Tal afirmación no pasa de ser una conjetura sin más apoyo probatorio en la causa.

Finalmente conviene recordar que el sentenciante al momento de expedirse en torno a los motivos por los cuales dictó sentencia absolutoria respecto a C. Q. P. refirió el estado de duda al que se había arribado (art. 2 del CPP), al considerar que no se acreditó que el aporte material del acusado cumpliera con las disposiciones del art. 46 del CP. Ello en razón de no haberse probado el conocimiento de aquel sobre el fin que tendría el pozo que habría cavado.

Tal estado de duda en relación al aspecto subjetivo no se ve conmovido luego de analizar los elementos de prueba señalados por el querellante particular puesto que, a mi criterio, de ellos no es posible extraer el conocimiento que Q. P. habría tenido al momento de cavar el pozo donde finalmente fue enterrada J. Z..

Por ello es que entiendo que el recurso casatorio del querellante particular debe rechazarse y la sentencia absolutoria debe ser confirmada.

b. Recurso casatorio deducido en favor de C. M.

Sostiene la defensa del nombrado la inobservancia de normas establecidas bajo pena de nulidad por cuanto, a su criterio, se ha vulnerado de forma ostensible el derecho de defensa y la garantía del debido proceso penal en desmedro de su asistido. Concretamente sostiene que la situación que denuncia se encuentra conminada bajo pena de nulidad a tenor de las previsiones del art. 198 inc. 3 del CPP.

Recuerda que solicitó al tribunal de sentencia no valorar la declaración indagatoria prestada por Q. P. durante la investigación penal preparatoria ya que no pudo ser controlada por la defensa de M., y que al no brindar el coimputado declaración en el debate tampoco pudo esa defensa interrogar o controlar sus dichos.

Añade que la declaración de Q. fue basal al momento de dictar sentencia condenatoria ya que resulta el cuerpo de la resolución y las pruebas refuerzan esa versión de los hechos.

Como adelanté entiendo que no le asiste razón a los recurrentes en cuanto que se vulneró el derecho de defensa y la garantía del debido proceso de C. M. derivado de la falta de posibilidad de control por parte de la defensa de aquél al momento de la declaración de Q.. Al respecto advierto que al momento de notificársele formalmente la imputación a C. Q. P., si bien M. ya había sido aprehendido, aún no se le había informado el delito atribuido.

Conviene recordar que en ese momento a Q. P. y a M. se les atribuía haber sido los autores del homicidio de J. Z. a cambio de un precio, en tanto que a C. M. se lo acusaba de haber sido el instigador (ver fs. 119 y 139). De tal manera la declaración prestada por C. Q. constituyó un medio de defensa en contra de la acusación que en su contra pesaba.

Concuero con el sentenciante en que la versión prestada por Q. P. a modo de defensa fue espontánea y, sin que se le haya adjudicado tal hecho, asumió la confección del pozo donde fue enterrada J. Z., aunque señaló no haber tenido conocimiento previo del destino que se daría al mismo y situó la confección del pozo en una fecha anterior al día 20 de septiembre de 2.016.

En relación a la concreta afectación esgrimida por el recurrente advierto que el planteo fue formulado por la defensa técnica en ocasión de alegar. Efectivamente del registro audiovisual del debate se verifica que en fecha 21 de septiembre de 2.018 la Dra. V. expresó que, luego de señalar que M. asumía la autoría de los disparos homicidas, el primer interrogante se vinculaba con el pozo donde fue encontrado el cuerpo de J. Z. (ver a partir del minuto 00:31:37). Sostuvo la defensa de M. que el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante esbozaron que el pozo fue realizado en forma previa a la muerte de la víctima con el afán de acreditar premeditación del homicidio y endilgar a M. y Q. el hecho.

Por ello es que discrepó con el momento en que se llevó a cabo el pozo y en base a ello reclamó que no se valorara la declaración de Q. P.. Expresó que hacía tal petición pese a que no se había opuesto a su incorporación como prueba puesto que resultaba ser un medio de defensa, pero como Q., no había vuelto a declarar, ni aún el debate tal conducta no había dado oportunidad a que las defensas de los otros imputados controlaran su declaración y ello implicaba vulnerar los derechos de los coimputados en atención a las disposiciones del art. 14 del PIDCP y art 8 del PIDH y jurisprudencia de los EEUU, concretamente la Sexta Enmienda.

Al momento de expedirse el sentenciante en relación a este concreto pedido sostuvo la improcedencia de la pretensión en razón de que la declaración de Q. no resultaba de la naturaleza de las declaraciones testimoniales que sólo pueden valorarse si las defensas tuvieron oportunidad de controlarlas y confrontarlas. Puso de resalto que las manifestaciones de Q. fueron espontáneas y se habían producido en el proceso sin vicio alguno y en presencia de su propia defensora. Así no halló razón alguna que

impidiera su valoración puesto que Q. se limitó a ejercer su derecho de defensa. De tal manera, no advirtió la relevancia en que la defensa de un coimputado no haya podido controlarla.

Al momento de formular el concreto agravio casatorio la defensa de M. cuestionó la decisión adoptada por el a quo brindando una interpretación diversa del precedente de la CSJN, "Benítez" invocado por el sentenciante.

A mi modo de ver, independientemente de la inteligencia que se brinde en relación al precedente citado, la solución adoptada en el acto sentencial ha sido acertada. Paso a explicarlo.

Como señaló el defensor de M. al momento de alegar, la declaración cuya exclusión como elemento valorativo en la sentencia pretende, resulta ser la brindada por C. Q. P. luego de que se le informó formalmente el hecho que en ese momento se le atribuía, el encuadre legal asignado y los elementos de prueba que abonaban tal tesis. De tal acusación -consistente en que él y M. habían dado muerte a J. Z. por un precio- es que se defendió Q. P..

Ahora bien, tal declaración fue prestada por ese sospechado al inicio de la investigación penal preparatoria y como también señala el defensor de M. no fue repetida en la investigación penal preparatoria ni en el debate. Al respecto hago notar que la reiteración de esa declaración resulta una potestad en cabeza de Q. P., puesto que no es más que el ejercicio del derecho de defensa que le asistía en su carácter de imputado, de manera tal que no resulta posible que por la petición de otra de las partes reitere tal acto. Por otro lado, si los defensores de M. entendieron que la versión aportada por Q. provocaba un desmedro en la postura defensiva de su asistido estaban en condiciones de solicitar medidas de prueba tendientes a desacreditar tal hipótesis y abonar la de su defendido, mas no lo hicieron. Pero, además, la pretendida afectación del derecho de defensa de M. a raíz de la declaración de Q. P. y la no posibilidad de ser repreguntado por la defensa de aquél no surge del trámite de la presente causa. Al respecto la defensa de M. alega que la confección del pozo con anterioridad a la muerte de J. Z. implicaría que su asistido habría obrado con premeditación.

Pese al temor esgrimido por los defensores de M., se advierte que tal agravante, contenida en el art. 80 inc. 6 del CP, no fue nunca atribuida por los acusadores público ni privado.

Por lo expuesto entiendo que la pretensión efectuada en relación a la no valoración de la declaración de Q. P. en la sentencia y la consecuente nulidad de aquella al haberse ponderado la misma no puede prosperar en tanto que la solución adoptada por el juez es correcta, y por ello el agravio es improcedente. Ello así por cuanto el recurrente tuvo una activa participación en el proceso y estuvo en condiciones de controvertir las conclusiones que de tal declaración y los elementos de prueba que la apuntalaron se desprendían contando con la posibilidad de controvertirla, sin haber reclamado su oposición a su incorporación (ver al respecto registro audiovisual del debate en fecha 17/9/18 a partir del minuto 56.52). Además no se verifica menoscabo en el derecho de defensa de C. M. derivado de la hipótesis defensiva esgrimida por Q. P., al haberse encontrado tales manifestaciones y sus implicancias expuestas al control de las partes. Por ello, no resulta atendible el agravio consistente en la solicitud de nulidad de una declaración, que el propio recurrente, en su constante contralor del material probatorio incorporado a la causa, interpretó como válida.

Tampoco concuerdo con la crítica que afirma la violación de las reglas de la sana crítica racional. Por el contrario, entiendo que en el acto sentencial puesto en crisis se han detallado los elementos de prueba debidamente incorporados y se ha señalado la interpretación que de ellos se deriva, sin que se advierta que tal ponderación se haya llevado a cabo de forma arbitraria y sin respeto a los principios de la sana crítica racional.

Al momento de reconstruir la cronología de los hechos investigados el sentenciante estableció los hechos no controvertidos consistentes en la muerte de J. Z. a consecuencia de dos disparos de arma de fuego y puso de resalto que los tres imputados en la causa habían prestado declaración admitiendo vinculación con la muerte de la nombrada.

A continuación, señaló los motivos en base a los cuales asignó preponderancia a la declaración de Q. P. para explicar la cronología de los hechos refiriendo, en opinión que comparto, que los elementos de prueba, que como señalé fueron debidamente valorados, corroboraron aquélla. Ahora bien, no acierta el recurrente al señalar que el a quo fijó la fecha de realización del pozo. Por el contrario, del acto sentencial surge que tal fecha no ha sido establecida, puesto que Q. no la refirió, ni de las pruebas fue posible deducirla.

En relación a la fecha de realización del pozo el juez estimó acreditado que se situó con anterioridad al 20 de septiembre de 2016 y, que esa fecha fue referida correctamente por Q. P., estimando tal referencia al día como certera puesto que el por entonces imputado tuvo en consideración una fecha que le resulta trascendente, cuál es su aniversario de nacimiento. Por otro lado, la interpretación que pretende dar el recurrente a los llamados realizados al 911 tampoco es correcta puesto que de aquellos no surge que se haya indicado el día en que se confeccionó el pozo, sino más bien cuando éste fue advertido por los moradores de la zona, evento que fue descubierto una vez que se colocó en su interior el cuerpo sin vida de J. Z..

No comparto la apreciación formulada por el recurrente en relación a que de la declaración de L. del C. C. surge que para fecha 22 de septiembre de 2016 el pozo aún no existía. De la reproducción del registro audiovisual de la segunda fecha de debate del día 7 de septiembre de 2018 (ver a partir del minuto 02.54.54) se aprecian las declaraciones vertidas por la testigo referida y de aquellas no se desprenden lógicamente las conclusiones que pretende el recurrente, la nombrada hace referencia -entre otras cosas- a que los días martes y jueves de todas las semanas un camión depositaba restos de pollos que personas utilizaban para dar de comer a sus perros, mas no es posible inferir de manera indudable que el pozo no se encontraba confeccionado con anterioridad al 20 de septiembre de 2016.

En otro orden de ideas considero que el sentenciante acertó al explicar los motivos por los que calificó a la versión de C. Q. P. como trascendente. Esto por cuanto dio cuenta que la declaración la prestó tan solo un día después del hallazgo del cuerpo de J. Z., y que resultó coincidente con el relato que sobre el hecho hizo a P. G. -su pareja-. Por otro lado, considero, acertadamente a mi modo de ver, que no surgen de las constancias de la causa motivos que indiquen que Q. P. mintiese ni que el sentido de sus declaraciones tuviese por objeto perjudicar a alguien. Así también el a quo explicó, en once ítems, los elementos probatorios que abonan la versión de Q. expuesta al momento de declarar en la causa (ver fs. 1344/1345). A su vez, el sentenciante analizó las declaraciones brindadas por J. O. M. y C. M., señalando las contradicciones halladas en las mismas y en base a las cuales estableció que el primero de los nombrados pretendió minimizar su intervención en tanto que M. trató de victimizarse atento a las conductas que asignó a J. Z..

De tal manera al vincular las declaraciones formuladas en autos por Q. P., J. O. M. y C. D. M. y confrontar éstas con los medios probatorios, es que el sentenciante fijó adecuadamente la plataforma fáctica del hecho.

Así, al entender que el hecho fue correctamente fijado, es que considero que el encuadre jurídico resultó adecuado sin que se hayan verificado circunstancias especiales de atenuación.

Sostiene el recurrente que el motivo por el cual M. mató a J. Z. fue por la sorpresa que lo invadió al descubrir que ella le era infiel, y por ello, critica que el resolutorio cuestionado no analizó las circunstancias extraordinarias de atenuación reclamadas. Señala que el sentenciante entendió que esa defensa había realizado un alegato coloquial, sin contenido jurídico, y por ello se encontraba eximido de fundar su improcedencia.

Al respecto debe señalarse que no acierta el censurante en cuanto a que el a quo no brindó las razones por las cuales excluyó la posibilidad de considerar que el hecho se llevó a cabo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación.

En efecto, a fs. 1353, al tratar la segunda cuestión, abordó el tema y refirió que el defensor no analizó los extremos requeridos para su aplicación y, si bien calificó el alegato al respecto como carente de rigor científico y peso jurídico, previamente señaló que tenía elementos para pensar en la premeditación del hecho (fs. 1353 tercer párrafo).

Además, al tratar la primera cuestión descartó que la conducta de M. haya obedecido a un impulso furioso originado por la lectura de mensajes de su mujer en el celular ni por haber hallado fotos «subidas de tono» (fs. 1348 vta.).

Por el contrario, explicó el juez, inteligencia que comparto, que M. con anterioridad había pensado en la muerte de J. Z.. Al efecto ponderó la testimonial de R. G. que relató una amenaza sufrida por la víctima con un arma de fuego por parte de M. y el anuncio de que la mataría si salía -episodio narrado por J. R. y M. G.-, a lo que suma el convencimiento al que llegó respecto a que Q. realizó el pozo antes del 20 de septiembre de 2016 y que M. ese día le ofreció dinero para matar una mujer (ver fs. 1349).

Conforme lo expuesto el planteo de aplicación de «circunstancias extraordinarias de atenuación» no puede prosperar.

En primer lugar, puesto que comparto que al alegar el defensor no brindó razones jurídicas ni asentó su pretensión en las constancias de la causa de manera tal que no desarrolló su pretensión.

En segundo lugar, en razón de que al expedirme en relación a la plataforma fáctica la estimé correctamente establecida y por ello consideré debía ser confirmada, de tal manera es que entiendo que la subsunción llevada a cabo por el sentenciante resulta correcta.

Tampoco prospera el agravio que considera no acreditada la violencia de género. Comparto en este sentido el dictamen del Procurador General en relación a que el a quo explicó con base en los elementos de prueba incorporados a la causa los motivos por los cuales adecuadamente contextualizó el hecho investigado en el marco de la violencia de género.

Al respecto advierto las referencias formuladas por el sentenciante en relación a la posición correcta que adoptó y el significado que otorgó a las declaraciones formuladas por M..

En relación a tal declaración puso de resalto que C. M. refirió que no oponía obstáculos en que J. se juntara con su familia (fs. 1345 vta.) señalando acertadamente el juez que tal frase denotaba el tipo de vínculo que el imputado mantenía con la víctima. Frase que comunicaba la pretendida potestad en cabeza de M. de permitirle o no mantener relaciones familiares a J. Z.. Así también el episodio de amenazas relatado por R. G. (registro audiovisual de fecha 7/9/18 minuto 4.01.08), como también el comentario por J. R. (registro audiovisual de fecha 7/9/18 minuto 4.26.42).

Así, entiendo que al resolver el tribunal de juicio, acogió una mirada integral acorde a los criterios de interpretación regulados por la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho

tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

De tal manera no acierta el recurrente al sostener que no se encuentra acreditado el contexto de violencia de género afirmando que en razón de las características que apunta no se aprecia la desigual relación entre el imputado y la víctima. Por el contrario, estimo que el sentenciante ponderó los elementos de convicción bajo la perspectiva de género y advirtió acreditada aquella encuadrando el hecho en la figura del inc. 11 del art. 80 del CP.

c. El recurso de casación del defensor de J. O. M.

Del análisis del recurso casatorio promovido por el defensor técnico de J. O. M. B. se desprende que reitera en parte los argumentos expuestos por la defensa de C. M., aunque desde su particular posición y en razón de la diversa participación que se le asigna en el hecho.

En ese sentido y en relación a la crítica que formula en torno a la valoración de la declaración de quien fuera coimputado -C. Q. P.- y de las testimoniales de P. G., M. D. C. G. S. y L. E. G. S. me remito a lo expuesto en el punto anterior donde señalé la correcta ponderación de tales manifestaciones. Añado tan solo que las manifestaciones de L. G. S. no fueron valoradas por cuanto se hizo lugar a la oposición de la defensa formulada en el debate (ver fs. 1318/19 y registro audiovisual del debate correspondiente al día 17/9/18) y no se incorporaron las declaraciones testimoniales de aquella obrantes a fs. 77/78, 128 y 248.

Tampoco se advierte la alegada arbitrariedad en la ponderación del resto de los elementos de prueba al momento de determinar el grado de participación en el hecho por parte de J. M..

Al respecto nótese que el sentenciante ponderó la declaración de J. M. prestada durante la investigación penal preparatoria y la contrastó con las declaraciones de Q. y M.. Acertadamente encontró que los dichos de M. presentaban contradicciones internas, detallando 1) la negativa que refirió a colaborar con M., aunque paradójicamente ofreció la ayuda de un empleado -Q.-; 2) la afirmación de que sólo mantenían una relación comercial para luego afirmar que conoció a J. Z. y las confesiones de M. relativas a su relación de pareja y las infidelidades por parte de la víctima.

Examinó también la concordancia entre la declaración de M. y la de M. descartándola. Al efecto advirtió que C. M. señaló que los tres fueron hasta el sitio donde se confeccionó el pozo y que las herramientas -palas proporcionó M., en tanto que éste al declarar alegó haberse desentendido y no refirió haber concurrido al sitio donde se cavó el pozo. Por otro lado destacó la contradicción hallada en las versiones brindadas por M. y Q., en tanto éste último aludió a la oferta de dinero hecha por M. el día de su cumpleaños para matar a una mujer, y M. negó tal evento.

En base a tal ponderación de elementos convictivos es que el juez fijó la plataforma fáctica y estableció que en fecha anterior al 20 de septiembre M. se contactó con M. para que en las proximidades del lavadero de papas del último nombrado se cavara un pozo donde enterrar a J. Z. y aquél intervino activamente disponiendo que Q. -su empleado- cavase el pozo donde se enterraría a la víctima, como también señaló el sitio donde debía hacerse, aportó las herramientas para realizarlo, concurrió junto a M. y Q. y permaneció donde se confeccionó el pozo. Así también estableció que el 20 de septiembre concurrió donde Q. se encontraba y ofreció dinero a cambio de matar a una mujer.

De tal manera no se advierten las dudas insalvables a las que alude el recurrente en relación a la colaboración prestada por M. y el momento en que participó.

Por ello es que como señalé no se advierten los vicios formales señalados y corresponde rechazar el agravio que al respecto se formula.

Por último, y en relación al vicio sustantivo promovido considero que la plataforma fáctica fue correctamente fijada por el a quo y el encuadre legal acertado. Al respecto, y en relación a la omisión de pronunciamiento relativo a que el hecho constituyó para M. un encubrimiento agravado, entiendo que el conocimiento previo del hecho y la colaboración prestada con anterioridad a la muerte de J. Z. señalada por el sentenciante en el acto sentencial desplazan la calificación del hecho como encubrimiento. Ello puesto que, como se señaló, M. otorgó su colaboración y participó en el hecho antes de que M. diese muerte a J. Z., de manera tal que también corresponde el rechazo del vicio sustantivo promovido.

Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General corresponde rechazar los recursos casatorios promovidos.

ASÍ VOTO

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

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

Comparto los fundamentos por los cuales el Ministro que lidera el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por los recurrentes y, en su consecuencia, confirmar el dictum puesto en crisis.

En especial, me interesa precisar algunos aspectos en torno a la agravante contemplada en el inc. 11 del art. 80 del C.P. cuestionada por la defensa de C. M. K..

Según entendí en el **precedente “Cruz Huanca”** para considerar acreditado que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género «[...] entre la ejecución del homicidio y la violencia de género debe existir una relación de mediación no en tanto elemento subjetivo ultra intencional, sino como contexto objetivo de violencia que precede y motiva la ejecución. Este último hace referencia a una relación de sometimiento entre victimario y víctima (asimetría) que coloca a esta última en una especial posición desventajosa por su condición de mujer» («Cruz Huanca, Sixto»).

En efecto, entiendo que la violencia de género requerida por el tipo agravado, presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor, en donde la mujer se encuentra en una situación de sometimiento y de vulnerabilidad, circunstancia que encuentra su génesis en las distintas formas de violencia que el hombre puede ejercer hacia la mujer en una sociedad estructuralmente desigual, las que se encuentran definidas en la Ley 26.485 (arts. 4 y 5).

Esta relación normativa que vincula el tipo básico con los elementos exigidos por la figura calificada del femicidio, se encuentra debidamente probado en autos, a través de los testimonios que dieron cuenta de los distintos episodios de violencia sufrido por la víctima por parte de M., los que fueron debidamente analizados por el a quo y reiterados en el voto preopinante -a los que, reitero, adhiero en su totalidad-, y que sólo pueden ser interpretados adecuadamente desde una cabal comprensión de todas las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los reiterados comportamientos violentos en su perjuicio y su exposición a una escalada de violencia cada vez de mayor riesgo, extremo que finalmente se evidencio con su femicidio.

De este modo, entiendo que resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el «ciclo de violencia».

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in re «Galdeano Reyes», que «[...] no puedo dejar de

soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que advertía como primer orden de dificultad que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

En este entendimiento, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW, ONU) advierte la mayor visibilidad del femicidio y la necesidad de adoptar medidas para su prevención y sanción, enfatizando la necesidad de dar seguimiento a la aplicación de dicho tipo penal y sus agravantes por los distintos operadores del derecho.

De esta manera, se advierte que el juzgador, con una mirada integral de la problemática, cumplió con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En suma, mi interés por subrayar los conceptos vertidos precedentemente, tiene por objeto exhortar a los operadores del derecho al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de este sector vulnerable de la población con el necesario enfoque de género.

ASÍ VOTO.

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

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 1361/1366 por el querellante particular.

- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1369/1383 por la defensa de C. D. M. K..
- 3.- Rechazar el recurso casatorio de fs. 1412/1421 formulado por la defensa de J. O. M. B..
- 4.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 5.- Tengase presente la reserva federal.
- 6.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

27- MURUA SOSA y ot. 23-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AF	PPP	-	-	CO	-	CR	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190823_FcMurua.pdf

Lex: Art. 80 inc. 7, 41, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 167 inc. 2° del CP. Art. 155, 426 inc. 4° del CPP. Ley 9040.

Vox: Homicidio. Criminis causa. Concurso real. Robo agravado. Arma de fuego. Poblado y en Banda. Deber judicial de motivar. Nulidad. Fundamentación. Oralidad. Prisión perpetua.

Summa:

El **TPC** condenó a Diego Fabián Galván Rudeschini, a Mauricio Daniel Murua Sosa y a Darío Sebastián Suárez Gil a la pena de **prisión perpetua** como coautores penalmente responsables del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego en lugar poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 41, 55, 166 inc. 2° segundo párr, 167 inc. 2° del C.P.).

La **defensa** de los imputados, interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado sustancialmente, puesto que las defensas pretenden una nueva revisión de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, insistiendo en la misma versión que la sostenida en los alegatos.

La **SCJM** resolvió hacer lugar a los recursos de casación interpuestos y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 224 (25-09-18), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Farrés Paluj.
- Duarte Actis.
- Álvarez Castillo. 25-06-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarez.pdf
- Robledo Vergara. 09-05-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf

Doctrina citada

- MORELLO, Augusto M. Motivación adecuada de la sentencia. Matices. E.D. 224. 650.

Parágrafos destacados

“En forma preliminar y no obstante los cuestionamientos casatorios referidos a la valoración probatoria efectuada por el a quo y a la subsunción jurídica del caso, corresponde determinar si la fundamentación del fallo impugnado se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y de la posibilidad de control de las decisiones jurisdiccionales; puesto que, de verificarse alguna falencia, conduciría a la anulación del fallo -a tenor de lo normado por los arts. 155 y 416 inc. 4 del C.P.P.- y resultaría infructuoso expedirse en relación a los planteos casatorios.”

“En definitiva, considero que lo expresado pone de manifiesto la existencia de vicios en la sentencia con la entidad suficiente para llevar a su anulación. Es que, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 155 y

416 inc. 4° del CPP, una **ausencia de fundamentación** como la observada en la resolución devenida en crisis no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad absoluta.”

“...**el deber judicial de motivar las resoluciones que se emitan**, a fin de dar cumplimiento al estándar mínimo de razonabilidad y fundamentación de origen constitucional, se basa en tres pilares: a) **el del principio republicano**, que garantiza el control ciudadano de las decisiones estatales; b) el de la **seguridad jurídica**; y c) la **concepción democrática e inclusiva del derecho**...”

Información posterior sobre el caso

Para fecha **16-10-19** el TPC dictó Sentencia N° 937. Condenó a MURUA y a SUAREZ GIL a la pena de prisión perpetua, absolviendo a GALVAN. Ante esta resolución es interpuesto recurso de revisión. Finalmente, para fecha 30-12-20, la **SCJM** resolvió no hacer lugar, confirmando la sentencia dictada.

Precedentes relacionado

a-SCJM

- Murua. 30-12-20. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201230_FcMSM.pdf

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

(A.E.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04623921-5/1((018601-103203)) FC/ MURUA SOSA MAURICIO D., SUAREZ GIL DARIO S., Y GALVAN RUDISCHINI DIEGO F. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (103203) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104707047*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04623921-5/1 caratulada “F. c/ MURUA SOSA, MAURICIO Y OTS. P/ HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA ... S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Diego Fabián Galván Rudeschini interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 224, mediante la que se condenó al nombrado, a Mauricio Daniel Murua Sosa y a Darío Sebastián Suárez Gil a la pena de prisión perpetua como coautores penalmente responsables del delito de homicidio criminis causa en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego en lugar poblado y en banda (art. 80 inc. 7, 41, 55, 166 inc. 2° segundo párr, 167 inc. 2° del C.P.); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-103.203/16.

De igual modo, dedujeron sendos recursos de casación las defensas técnicas de Mauricio Daniel Murua Sosa y de Darío Suárez Gil.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «el día 12 de octubre de 2.016 aproximadamente a las 05.30 horas, Isaias Solorza Gantuz se encontraba esperando el colectivo en la ruta 50 y Sarmiento de Fray Luis Beltrán, Maipú, [M]endoza, cuando Marcelo Daniel Murur Sosa (a) Coirote, Darío Sebastian Suarez Gil, Alfredo Ramón Espínola Aguilar (a) “Chiqui” y Diego Fabian Galvan Rudeschini, a bordo de un vehículo marca Renault 12, dominio VKC-842, detuvieron la marcha y se bajaron con la intención de sustraerle objetos personales a la víctima, portando uno de ellos una escopeta. Ante la negativa de Solorza Gantus, después de intentar huir del lugar, uno de los sujetos le disparó con el arma descripta, ingresando proyectiles en región escapular izquierda de su cuerpo (espalda), con dos orificios de salida de perdigones en región pectoral izquierda, lo que le provocó la muerte por shock hipovolémico con hemotorax de tres litros, múltiples fracturas costales y perforación del pulmón izquierdo y corazón. Los nombrados le sustrajeron, entre otros elementos, unas zapatillas marca Nike, de color rojo, una mochila marca Nike, de colores negro y rojo y un celular marca Motorola, Moto X, de la empresa Claro N° 2613834575, dándose posteriormente a la fuga, Murua Sosa corriendo hacia el [s]ur con la mochila y Espinola, Galván y Suárez en el vehículo mencionado con el teléfono celular» (conforme auto de elevación a juicio de fs. 858/870).

Para así decidir, el Tribunal ponderó las declaraciones de los testigos ofrecidos por las partes, los reconocimientos en rueda de personas, las videofilmaciones incorporadas a la causa y la declaración de la médica del Cuerpo Médico Forense.

2.- El recurso de casación de la defensa de Diego Fabián Galván Rudeschini

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen **vicios in iudicando y vicios in procedendo** en la resolución que cuestiona. Entre los vicios formales sostiene que el Tribunal condenó a su defendido con argumentos que no surgen de los elementos probatorios de la causa, mencionando de manera errónea pruebas inexistentes en autos. Entiende que el a quo, en sus fundamentos, invocó principios propios del sistema inquisitivo, reprochado a las defensas no haber probado la inocencia de sus defendidos.

Sostiene que, aún cuando la sentencia condenatoria ha sido fundada en indicios, conforme manifestó el sentenciante, éstos no surgen de ningún tramo del proceso o del debate.

Asimismo, señala que el juez no ha precisado por qué menciona a Galván Rudeschini como la persona que realiza el disparo con la escopeta, si ello no surge de ningún elemento de prueba.

En ese orden expresa que, a pesar de lo sostenido en los fundamentos, esto es, que de las imágenes de las cámaras de seguridad de la estación de servicio YPF “se puede ver la fisonomía de Galván” y que ésta “coincide con esa grabación”, la afirmación no se ajusta a las constancias de la filmación, ni a la interpretación efectuada por la división de delitos tecnológicos, de las que surge que no se puede divisar ninguna cara.

Señala que esa afirmación tampoco puede ser respaldada con la declaración del empleado de la estación de servicio, como dice el a quo, puesto que, en audiencia de reconocimiento, el testigo identificó a los demás imputados, pero no a Galván y, en audiencia de debate, dijo que no lo reconoció porque nunca lo vio. A ello cabe agregar que estas circunstancias determinaron que su defendido recuperara su libertad durante la investigación penal preparatoria, por falta de pruebas contundentes.

Pone de resalto que, ante la falta de pruebas aludida, el sentenciante acudió a una supuesta relación de amistad de Galván con los demás imputados, incluso con uno –“Chiqui” Espínola que actualmente se encuentra sobreseído.

Considera que las escuchas que el sentenciante tomó como claras señales de falsedad de las declaraciones de los imputados para incriminar a Galván, luego son utilizadas como base de la condena. Así, por ejemplo, la conversación en la que Espínola trama con Suárez y Murúa una “mansa defensa” o la entablada por Espínola con su madre, donde reconoce que había hablado con Murúa para hacer responsable del hecho a Diego.

Refiere que, si bien la declaración testimonial de Ana Paula Comisso sirve con carácter decisivo como elemento de cargo contra los demás imputados, no aporta nada en relación a Galván.

Señala que el sentenciante valora como elemento de cargo la declaración de la hermana de Galván, pero ésta expresó durante la investigación penal preparatoria que había escuchado en el barrio que su hermano había disparados y, durante el debate, se abstuvo de declarar amparándose en el vínculo familiar que los unía. Asimismo, en relación al arma de fuego homicida, expresa que nunca apareció, que no existen elementos secuestrados en poder de su defendido, ni examen de rastros de pólvora en las manos de los imputados y que nadie vio la supuesta escopeta que se intenta poner en manos de Galván. En virtud de ello, solicita se case la sentencia, por ser absurda y arbitraria, y se ordene la absolución de su defendido. Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación de la defensa de Mauricio Daniel **Murua Sosa**

El impugnante promueve recurso de casación, en virtud de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P., es decir, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Entre los **vicios formales**, considera que la sentencia es arbitraria por haber valorado parcialmente y en forma errática las pruebas rendidas durante el debate y debidamente incorporadas. En ese orden, cuestiona el valor probatorio otorgado por el a quo a la declaración prestada por la testigo Comisso, en tanto sería contradictoria con la lectura del desgrabado del CEO y, según el recurrente, revelaría que la testigo en ningún momento refiere conocer a Murúa Sosa.

Señala que tampoco se ha probado, aunque el sentenciante así lo considera, el hecho de que los imputados se hayan reunido luego del hecho investigado para repartirse los bienes sustraídos.

En cuanto a los **defectos sustanciales**, entiende que no se ha aplicado el principio in dubio pro reo, previsto en el art. 2 del CPP, y entiende que, en forma subsidiaria, debería aplicarse la figura de homicidio en ocasión de robo (art. 165 del CP).

En función de ello, solicita se revoque la sentencia atacada y se ordene la absolución de su pupilo, por aplicación del art. 2 del CPP. Subsidiariamente, solicita se condene a su defendido al mínimo de pena previsto por el art. 165 del CP. Formula reserva del caso federal.

4.- El recurso de casación de la defensa de Darío **Suárez Gil**

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Luego de transcribir los fundamentos orales del fallo cuestionado, realiza un análisis crítico de las declaraciones testimoniales prestadas por Ana Paula Comisso, Ramón Espínola Aguilar y el “bombista” Olivares, concluyendo que a ninguna de ellas se le puede atribuir el valor convictivo que les adjudicó el sentenciante.

Señala que, contrariamente a lo sostenido por el a quo, no es necesaria una teoría del caso por parte de la defensa porque ya existe una planteada por el Ministerio Público Fiscal. Pero que, en el presente caso, esa hipótesis carece de sustento probatorio y eso la torna ineficaz para llegar a una sentencia condenatoria.

Expresa que el juez concluyó que el vehículo Renault 12 de Suárez era el mismo que escuchó el panadero antes y después del disparo, basándose en la interpretación de los dichos de la testigo Valeria López y del bombista, quienes expresaron que tuvieron que empujarlo porque no arrancaba, pero de ningún elemento de prueba surge que el automóvil de su defendido tuviera algún desperfecto en el escape.

De igual modo cuestiona que el a quo haya entendido que en el horario en que se produjeron los hechos, el único vehículo que circulaba por el lugar fue el de Suárez, lo que no se ajusta a los elementos incorporados a la causa, tales como la cámara de la distribuidora de calle Agustín Álvarez 520 y la del pet shop de calle Agustín Álvarez 389, de donde surge que por esa calle circularon 6 autos en el lapso de 6 minutos.

En función de ello, considera que no puede aseverarse que el vehículo que escucharon Mercado y Comisso es el de su defendido, puesto que nadie lo vio circular por calle Sarmiento y por esa arteria pasaron varios vehículos.

Sostiene que la distribución de roles que el sentenciante adjudica a los imputados es una interpretación de cómo podrían haber actuado y que el Ministerio Público Fiscal no analiza este extremo.

Entiende que tampoco se encuentra probada la hipótesis del fiscal referida a que los encartados sabían que la víctima pasaba por ahí porque la veían pasar todos los días y que ésta los conocía del lugar, sino que tan sólo constituye una sospecha del Tribunal que no puede ser valorada.

Cuestiona las conclusiones referidas a la distancia del disparo, a la identificación del vehículo en función del color (valoración de la declaración de Mercado), que se le haya sustraído a la víctima una mochila y que los imputados hayan circulado en el automóvil “muy rápido”.

Considera que tampoco tiene sentido el trayecto de fuga que el sentenciante tiene por probado puesto que, de haber circulado por Ruta 40 hacia el este hasta calle Álvarez y luego hacia el sur, los imputados tendrían que haber pasado por delante de la testigo Comisso y el testigo Mercado no podría haber escuchado un vehículo que circulaba hacia el norte por Sarmiento. El recurrente estima que el a quo, al analizar las escuchas de Espíndola, confunde a Diego Suárez Gil con Diego Galván.

En cuanto a la calificación legal, considera que, a pesar de lo afirmado por el sentenciante, no se ha podido acreditar la conexión subjetiva entre el robo y el homicidio como medio para consumir el hecho o para lograr su impunidad.

En ese orden, se pregunta que, si el plan era matar para robar, por qué no atacaron al “bombista” que tenía mucho más dinero y por qué Suárez anduvo a cara descubierta en su auto frente a todo el vecindario y, luego, volvió a su casa en el vehículo.

Asimismo, señala que es arbitrario pensar que Suárez fue parte del plan criminal si ni siquiera se bajó del vehículo y que éste no se encontraba en el lugar del hecho sino a la vuelta.

En virtud de esas consideraciones, solicita se haga lugar al recurso, absolviendo a su defendido por falta de pruebas.

En subsidio, peticiona se aplique la figura del delito de **homicidio con motivo o en ocasión de robo** (art. 165 CP), **en calidad de partícipe secundario**.

Formula reserva del caso federal.

5.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado sustancialmente, puesto que las defensas pretenden una nueva revisión de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, insistiendo en la misma versión que la sostenida en los alegatos.

Asimismo, señala que la sentencia se advierte debidamente fundada, ya que el Tribunal analizó razonadamente las pruebas e indicios colectados, cotejándolos de manera conjunta y que los argumentos vertidos en los recursos no alcanza a desvirtuar los fundamentos expuestos por el sentenciante relativos a la calificación legal dada al hecho probado.

6.- La solución

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar a los recursos de casación deducidos por las respectivas defensas técnicas de Mauricio Daniel Murua Sosa, de Darío Sebastián Suárez Gil y de Diego Fabián Galván Rudeschini, conforme se explicará a continuación.

En forma preliminar y no obstante los cuestionamientos casatorios referidos a la valoración probatoria efectuada por el a quo y a la subsunción jurídica del caso, corresponde determinar si la fundamentación del fallo impugnado se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía de la defensa en juicio, del debido proceso y de la posibilidad de control de las decisiones judiciales;

puesto que, de verificarse alguna falencia, conduciría a la anulación del fallo -a tenor de lo normado por los arts. 155 y 416 inc. 4 del C.P.P.- y resultaría infructuoso expedirse en relación a los planteos casatorios. Lo afirmado precedentemente se funda también en el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En consecuencia, el abordaje de los recursos interpuestos comenzará por el tópico antes referido.

A esos fines y conforme he sostenido en distintos precedentes, el **deber judicial de motivar las resoluciones que se emitan**, a fin de dar cumplimiento al estándar mínimo de razonabilidad y fundamentación de origen constitucional, se basa en tres pilares: a) **el del principio republicano**, que garantiza el control ciudadano de las decisiones estatales; b) el de la **seguridad jurídica**; y c) la **concepción democrática e inclusiva del derecho**.

En ese orden, entiendo que la adopción de una forma republicana de gobierno exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano.

Ello, en tanto los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado y, en consecuencia, tienen el **deber de rendir cuentas a los ciudadanos** mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus decisiones. Sólo así, la ciudadanía tiene la posibilidad de conocer el fundamento de las decisiones de los órganos que las representan.

Por otro lado, la fundamentación de las sentencias y autos contribuye a la **seguridad jurídica**, puesto que no sólo la decisión vincula al juez, sino también el argumento y, en función de ello, puede esperarse un criterio homogéneo en la toma de decisiones.

Finalmente, la argumentación jurídica contribuye al desarrollo del derecho como práctica interpretativa, toda vez que el conocimiento de las razones que llevaron a un operador jurídico a pronunciarse en un determinado sentido permite someter sus argumentos a una discusión abierta e inclusiva (al respecto ver fallos **“Farrés Paluj”, “Duarte Actis” y “Alvarez Castillo”**).

En consecuencia, constituye deber de los magistrados motivar suficientemente sus decisiones, mediante una adecuada valoración de la prueba producida y legítimamente incorporada y una lógica, razonada y realista interpretación de las circunstancias comprobadas en función de aquélla y del derecho aplicable (al respecto ver **MORELLO, Augusto M., «Motivación adecuada de la sentencia. Matices»**, E.D. 224-650).

La observancia de tales extremos permitirá alcanzar los objetivos señalados en los párrafos precedentes.

Con base en estas pautas, advierto que, en el caso bajo estudio, **la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su forma y contenido, un acto jurisdiccional válido**.

La conclusión precedente surge con nitidez de las constancias de audio y video acompañadas, donde se observa que el magistrado sentenciante, mediante una confusa exposición oral, pretende, pero no logra, explicar en virtud de qué elementos probatorios tiene por acreditada la participación de cada uno de los imputados en el hecho objeto del proceso.

En efecto, el a quo funda su decisión analizando los argumentos brindados por el Fiscal de Cámara, al mantener su acusación durante el debate oral y público. Sin embargo, el análisis pretendido no sólo no ha sido efectuado de un modo comprensible, puesto que no sigue un orden lógico, sino que habla de los testigos sin individualizarlos, sin especificar adecuadamente **los datos** que sus declaraciones aportan al esclarecimiento del hecho y, más aún, sin **vincular** esos datos entre sí.

Tampoco resulta comprensible cuál es la mecánica de los hechos y si bien el a quo sostuvo que «Darío Sebastián Suárez Gil manejaba el vehículo, que se bajaron Murua Sosa, Mauricio con Galván, que Galván iba con una escopeta, que le sustraen cosas, que Galván le efectúa un tiro durante la sustracción y que se lleva Murua Sosa las cosas en la mochila y aparentemente las zapatillas debajo del brazo» (videofilmación, desde 01:58:58 hasta 01:59:30), no se advierte con claridad cómo llega a esta conclusión.

Es que la argumentación del sentenciante zigzaguea de un elemento de prueba a otro, sin aportar claridad respecto del **grado de convicción que cada uno de ellos conlleva** y de cómo lo condujeron a la decisión condenatoria.

De igual modo trata el tema de las **escuchas telefónicas**, en relación a las que expresa que «el señor fiscal hace toda una narración de lo que declaran en esas interceptaciones telefónicas;[...] todo lo que ha señalado el señor fiscal que han dicho ahí concuerdan con las conclusiones a las que arriba el fiscal y que este tribunal las hace suyas» (videofilmación, desde 01:25:03 hasta 01:25:23), sin especificar cuál fue el razonamiento del órgano acusador, a fin de determinar si éste resulta lógico o no.

Asimismo, mientras desarrolla sus argumentos valorativos y de modo recurrente, el a quo interrumpe su análisis, haciendo reflexiones dogmáticas referidas a los diferentes sistemas procesales que han regido en el orden local, al modo en que debe desarrollarse un proceso bajo el sistema acusatorio adversarial, a la forma en que deberían haber abordado los defensores su estrategia defensiva, entre otros aspectos, lo que torna la motivación en confusa, vaga y aparente.

En definitiva, considero que, en el caso concreto, resulta aplicable lo reseñado en diversos precedentes en el sentido de que la argumentación brindada por el a quo «no alcanza[n] para cumplir con [la] alta misión jurisdiccional a la que está asignada la sentencia, [las] remisiones indeterminadas a los elementos de convencimiento de la causa, si no se somete a los mismos a una debida indagación crítica, que desentrañe su valor convictivo y que compruebe fehacientemente la convergencia en la especie, de todos los presupuestos para la justa aplicación de la ley», tal como ha sostenido este Cuerpo con anterior integración (L.S. 344-170). Es que «la sentencia ha de demostrar por sí misma lo que en ella se resuelve» (L.S. 339-158).

Lo expuesto no implica un juicio de reproche relacionado con la **oralidad de la fundamentación**, toda vez que, a partir de la implementación de la ley 9040, «la autorización para exponer oralmente los fundamentos proviene del propio texto legal» y «la profundización del carácter acusatorio adversarial del juicio penal [...] se traduce [entre otros aspectos] en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal», conforme se ha expresado en autos **“Robledo Vergara”**.

En igual sentido, entiendo que esa posibilidad también surge de las disposiciones contenidas en los arts. 147, primer párrafo; 155; 156 del CPP y, especialmente, del art. 417 quinquies del CPP que, al modificar el régimen correccional, estableció que «[e]l Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración» (ver fallo citado precedentemente).

Sin embargo, no puede soslayarse que tal modo de fundar un fallo condenatorio implica la observancia de todos aquellos recaudos exigidos para la fundamentación escrita, en orden a un análisis pormenorizado e integral de la prueba incorporada, consignando con la mayor claridad posible las razones concretas que condujeron al sentenciante a dar preponderancia a unos elementos de prueba sobre otros; máxime en

casos de gravedad como el presente, donde la consecuencia de una declaración de responsabilidad penal implica la imposición de la sanción más grave prevista en nuestro código de fondo.

En otras palabras, nada se le puede objetar a una fundamentación oral, pero ésta deberá ser brindada de un **modo claro, ordenado y suficiente**, de forma tal que permita su **control de logicidad**.

En el caso concreto y como se anticipó, advierto que ese último recaudo no se verifica, sino que, por el contrario, el a quo ha pretendido abordar todos los extremos de la imputación mediante una exposición oral, que resulta **confusa, aparente** y donde los elementos de prueba son analizados de modo vago o superficial.

En definitiva, considero que lo expresado pone de manifiesto la existencia de vicios en la sentencia con la entidad suficiente para llevar a su anulación.

Es que, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 155 y 416 inc. 4° del CPP, una ausencia de fundamentación como la observada en la resolución devenida en crisis no resulta admisible, por lo que entiendo que resulta nula de nulidad absoluta.

Ahora bien, en virtud de lo expuesto, considero que deviene inoficioso pronunciarme respecto del resto de los agravios formulados por las defensas técnicas de los imputados. Por lo tanto, y oído el del Señor Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión.

ASI VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la sentencia de N° 224 y sus fundamentos (fs. 1244/1245).

En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Mariano Servente, Juan Pablo Ildarraz y Darío Lucero (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

Resuelve:

1.- Hacer lugar a los recursos de casación interpuestos a fs. 1282/1294, 1295/1299 vta. y 1311/1330 de estos obrados y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 224 y sus fundamentos, dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.

2.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

3.- Imponer las costas a la vencida y y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Mariano Servente, Juan Pablo Ildarraz y Darío Lucero (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

Regístrese. Notifíquese. Cúmplase.

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

28- AMAYA. 05-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE IA	-	-	CO	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf

Lex: Arts. 165 y 41 bis del CP.

Vox: Homicidio en ocasión de Robo. Arma de fuego. Unidad de la prueba. Unificación de pena.

Summa:

El TPC condenó a Gastón Martín Amaya Aravena a la pena de **18 años de prisión e inhabilitación absoluta**, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 165 y 41 bis Cód. Penal), revocó la condicionalidad de la pena impuesta y unifica la presente condena con la anterior en la pena única de 18 años.

La **defensa** de los imputados, interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** dictaminó que se debe rechazar el recurso, desde que la defensora oficial no indicó cuál es la aplicación que pretende respecto de los arts. 26 y 27 CP, ni cómo beneficiaría a su defendido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 66, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354- 218, 392-94 y 397-177
- L.S. 393-243, 382-107, 381-233
- L.S. 400-240, 407-155

SCJM. Dres.: **Garay.** Llorente. Orbelli.

(A.E.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04638774-5/1((018602-1840)) FC/ AMAYA ABEL, ESTRELLA EXEQUIEL, AMAYA GASTON, MARTIN CLAUDIO Y LOPEZ OSCAR P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (1840) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104722545*

En Mendoza, a los cinco días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04638774-5/1 caratulada “F. C/ AMAYA ABEL, ESTRELLA EXEQUIEL Y OTS. P/ HOMICIDIO... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. DALMIRO GARAY CUELI, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE y tercero DRA. ALEJANDRA ORBELLI.

La defensa oficial de Gastón Martín Amaya Aravena (fs. 3428/3430 vta.) interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 66, en tanto condena al nombrado a la pena de 18 años de prisión e inhabilitación absoluta, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 165 y 41 bis Cód. Penal), revoca la condicionalidad de la pena impuesta y unifica la presente condena con la anterior en la pena única de 18 años, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 7 de enero de 2009 pasadas las 23:30 horas, Exequiel Estrella Aballay alias «Huevito», Claudio Martínez Fernández alias «Toby», Enzo Rodrigo Amaya Aravena alias «Chori», Abel Amaya Morales, el imputado recurrente (Gastón Martín Amaya Aravena) y Oscar López Ledesma se juntaron en la puerta de ingreso al Club Español, ubicado en España 42 de Maipú, y aprovechando que las puertas estaban abiertas ingresaron intempestivamente a la cantina, donde un grupo de veinte personas aproximadamente, estaban realizando distintas actividades sociales y, portando todos armas de fuego obligaron a las víctimas a tirarse al piso, siendo golpeado el cantinero en la cabeza y otro asistente, para sustraerles dinero, documentos, celulares y las llaves de una moto Zanella. Durante el hecho, en el baño de hombres estaba Ricardo Daniel Báccaro, quien ignoraba lo que ocurría en el salón. López Ledesma con un revólver se acercó al baño, trabándose en lucha con el mencionado, acercándose luego al lugar Exequiel Estrella Aballay con un revólver calibre 22, que disparó e impactó en dos oportunidades en Báccaro, quien fue herido en el abdomen y en su pierna, frente a lo cual se dieron a la fuga. La víctima falleció minutos después en el Hospital Paroissien.

2.- Recurso de casación

La defensa se agravia porque se omitió la aplicación de los arts. 26 y 27 CP, ya que se unificó la pena fijada en forma condicional con anterioridad, a la impuesta en la sentencia que aquí se impugna, **habiendo transcurrido en exceso el plazo de cuatro años.**

También se queja porque la única prueba que coloca en el escenario de los hechos a su pupilo es el testimonio de Máximo Zapata, quien dijo que vio a 5 o 6 personas previo a ingresar al Club Español, en Maipú, destacando que a pesar de que habían entrado con los rostros cubiertos, pudo reconocer a los

Amaya. Aduce que no se tuvieron en cuenta las declaraciones del imputado, ni la de su madre ni de su cuñada Roxana Castillo, y que no se expuso el motivo por el que habrían de favorecer a este imputado en desmedro del otro hijo y familiar condenado, Enzo.

Apunta que la motivación de la sentencia es errónea, toda vez que no se respetan las formas esenciales de control y garantías; que no es expresa, ni clara ni lógica, toda vez que de la confrontación entre lo declarado por Zapata, Aravena y Castillo surgen contradicciones de relevancia, que provocan la duda que debe beneficiar a su pupilo.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictaminó que se debe rechazar el recurso, desde que la defensora oficial no indicó cuál es la aplicación que pretende respecto de los arts. 26 y 27 CP, ni cómo beneficiarían a su defendido. También, porque la sentencia está fundada, ya que el a quo interpretó que fue determinante el testimonio de Zapata, quien además reconoció al imputado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Garay. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso debe ser rechazado.

En primer lugar, porque este Cuerpo ha dicho reiteradamente, que los posibles defectos de la motivación de la sentencia, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Ello por cuanto el inferior valoró las pruebas rendidas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional -cuyo apartamiento la impugnante no pudo demostrar-, y de conformidad con el **principio de unidad de la prueba**, sobre el que esta Sala ha afirmado que «[...] impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233), que es lo que ha sucedido en estos obrados.

Así, el a quo se basó en una serie de elementos que convergen en la intervención del imputado en el delito como coautor, toda vez que «[...] decidió emprender la empresa delictiva con conocimiento de que él y sus acompañantes lo hacían portando armas de fuego cargadas (sic)», doctrina judicial que guarda consonancia con el criterio de esta Sala expresado en múltiples oportunidades, alguna de las cuales el inferior cita, concluyendo en que «[...] tomó parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho mediante un **plan común**, dividiéndose el trabajo» (fundamentos, fs. 3418), aspecto que no ha sido cuestionado. Los elementos mencionados en el párrafo anterior, entre otros, son las declaraciones en el debate del hijo y de la esposa de la víctima fatal, el reconocimiento en rueda de personas que se practicó a pocos días de ocurrido el hecho (acta, fs. 296, incorporada según consta a fs. 3413 vta. de los fundamentos), y el testimonio de Máximo Alejandro Zapata, al que consideró creíble y desinteresado, dando profusas razones de su impresión.

De tal modo, manifestó que este deponente, a quienes «[...] estuvieron involucrados en el hecho, no sólo los identificó, sino que en el caso de varios de ellos aportó cuál fue la actividad desarrollada durante el atraco.

En el caso de los otros individuos que conocía [...] manifestó reconocerlos e inmediatamente los desvinculó del hecho, incluso a uno de apellido Amaya, familiar de tres de los coimputados» (fundamentos, fs. 3417), detallando que a los Amaya, los conocía del barrio Tropero Sosa desde bastante tiempo atrás, en particular a su padre y a su abuelo del municipio, y que alguno de sus hijos eran amigos de alguno de los Amaya.

Tuvo en cuenta el a quo que, al ser preguntado Zapata en el debate por el fiscal sobre si Gastón Amaya estaba armado, reiteró que sí, que todos los que ingresaron esa noche a robar lo estaban, aseverando que en un primer momento no quiso declarar, pero que cuando se enteró en la fiscalía que su amigo –Báccaro, la víctima fatal– había fallecido, decidió hacerlo; que si no hubieran matado a nadie, él «[...] no abría la boca» (fundamentos, fs. 3417 vta).

Resaltó el inferior que el interrogado vio entrar a todos los agresores, incluso a Gastón Amaya, con la cara descubierta, por una ventana sin cortinas, del tamaño aproximado de la existente en la Cámara del Crimen donde se llevó a cabo el juicio. Expresó que los observó antes de que se cubrieran la cara, porque –según dijo el testigo– «[...] no van a venir con la cara tapada por la calle» (fundamentos, fs. 3416 vta.), lo que deja sin sustento el agravio que en esta dirección vierte la impugnante. Ponderó asimismo el juzgador, que en otra rueda de personas Zapata reconoció a Mario Ángel Amaya, exponiendo que no tuvo nada que ver, y que dijo conocer a otro sujeto que estaba en la misma rueda, pero aclarando que no recordaba si estuvo en el hecho (fundamentos, fs. 3417), con lo que descartó que se haya confundido de persona. Por otra parte, tras examinar los dichos del encartado, de su madre, de Roxana Castillo –que dijo que recién declaró en este sentido en el debate, desde que «antes nunca le pidieron declarar» (fundamentos, fs. 3419)– y otros testigos presentados por su defensora, desechó fundadamente la versión que ésta esgrimía, entre otras razones, por el resultado del examen psíquico que se le realizó al encartado a fs. 756, incorporado según consta a fs. 3413 vta., que concluye en que es ocultador y manipulador de la información que puede comprometerlo, decisión contra la que se alza su letrada sin más argumentos que su opinión personal.

En efecto, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino que expresa una mera discrepancia de la presentante con el criterio valorativo que utilizó el inferior, insusceptible de conmover la solución a la que se arriba, según se ha pronunciado esta Sala en numerosas oportunidades (L.S. 400-240, 407-155, entre otros), máxime frente a la contundencia del cuadro cargoso reunido.

A dicho caudal probatorio, se le aduna que de acuerdo a lo hasta acá desarrollado, la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, sin que surja el estado intelectual de duda por parte de los miembros del Tribunal, que legitime la aplicación del principio in dubio pro reo, que reclama la impugnante.

Resta decir que el agravio centrado en la errónea aplicación de los arts. 26 y 27 del Cód. Penal tampoco puede ser acogido, toda vez que la penalidad aplicada por el homicidio en juzgamiento –18 años– es la misma que la resultante de la unificación practicada en el resolutive III del dictum, con una causa de la Tercera Cámara del Crimen por encubrimiento.

O sea, la sanción con o sin unificación es la misma, circunstancia que implica la exclusión de interés en el recurrente, elemento que debe presidir todo recurso, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 449 CPP, según se ha dicho con anterioridad, desde que el dispositivo que se impugna debe ocasionarle un perjuicio al quejoso, restringiendo su derecho o libertad, debiendo consistir el gravamen siempre en el padecimiento de un perjuicio efectivo, práctico, objetivo, lo que en el sub-lite no se verifica. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia censurada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dra. Orbelli. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y ALEJANDRA ORBELLI adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y ALEJANDRA ORBELLI adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 3428/3430 vta. por la defensa oficial de Gastón Martín Amaya Aravena.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI
Jueza de Cámara

29- QUIROGA MORALES. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE IA	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

Lex: Art. 12, 19, 34, 79, 89, 90, 91 y 54 del CP. Art. 50 Ley N° 24449.

Vox: Homicidio simple. Lesiones graves dolosas. Lesiones leves dolosas. **Dolo.** Culpa. Culpa consciente. Teoría cognitiva-volitiva. Teoría de la voluntad. Teoría de la representación. Teoría de la posibilidad. Teoría de la probabilidad objetiva. Peligro de dolo. Diferenciación cualitativa y cuantitativa de dolo y culpa. Imputación objetiva. Exceso velocidad. Ley de Tránsito.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** con más la de inhabilitación absoluta por igual término como autor culpable y responsable del delito de homicidio simple –tres hechos–, lesiones graves dolosas –siete hechos– y lesiones leves dolosas –veintidós hechos–, todo en concurso ideal (arts. 12, 19, 79, 89, 90, 91 y 54, todos del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). ya que entiende que la resolución atacada adolece de vicios in procedendo e in iudicando.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido ya que advierte que el recurso deviene formalmente improcedente ya que el libelo recursivo no sería más que una declaración de enunciaciones agraviantes generalizadas, sin concreción alguna que permita advertir con claridad sobre qué puntos de la sentencia agravia al recurrente.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 282, pronunciada por el TPC N° 2°-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- «Sanhueza.09-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191109_FcSFJ.pdf

Doctrina citada.

NUÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48.

ROXIN, Derecho penal Parte general, Madrid, 1997, t. I, § 12/23

PUPPE.

Parágrafos destacados.

Voto preopinante: “El dolo, según el marco teórico más difundido, contiene un segundo elemento denominado **voluntad**. Esto se ve reflejado en la frecuente definición que expresa: «dolo es conocer y querer la realización del tipo penal»...“ El criterio **volitivo-cognitivo** es el que ha de utilizarse para respetar el concepto de acción causal voluntaria como sustrato tanto de los delitos dolosos como de los culposos.”

Voto. Disidencia parcial. “Por ello, entiendo que una de las coordenadas para resolver el problema de la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia se encuentra ya no en la teoría de la voluntad, ni

tampoco en la versión débil de la teoría de la representación en tanto posibilidad subjetivizada de realización típica, sino en **las teorías de la representación como probabilidad objetiva de ocasionamiento del hecho lesivo**. Aquí ya no se trata de lo que el autor cree o piensa que es el grado de realización típica, sino de un **juicio de valoración del hecho a la luz de parámetros normativos**. “

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

(G.Q.)

Fallo.

CUIJ: 13-04647541-5/1((018602-577)) FC/ Q. M. L. R. P/ HOMICIDIO SIMPLE (TRES HECHOS), LES. GRAV. DOLOSAS (7 HECHOS) Y LES. LEV. DOL. (0577) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104731732*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04647541-5/1, caratulada «F. C/ Q. M. S/ REC. CASACIÓN».

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

La defensa técnica de L. Q. interpone recurso de casación (fs. 1081/1082) contra la Sentencia N° 282 (fs. 1032) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de catorce años de prisión con más la de inhabilitación absoluta por igual término como autor culpable y responsable del delito de homicidio simple –tres hechos–, lesiones graves dolosas –siete hechos– y lesiones leves dolosas –veintidós hechos–, todo en concurso ideal (arts. 12, 19, 79, 89, 90, 91 y 54, todos del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 02 de febrero, momentos después de las 02.45 horas, el imputado L. R. Q. M., conducía el ómnibus marca Mercedes Benz dominio ... de la empresa ... por la Ruta Nacional 7, localidad de Las Cuevas, provincia de Mendoza, en dirección a la ciudad del mismo nombre. Al llegar a la curva ubicada en el kilómetro 1232 de la mencionada ruta nacional, dolosamente y a una velocidad aproximada de 95 kilómetros por hora, traspasando la doble línea amarilla izquierda, invadió la banda central de la ruta llegando hasta el segundo carril de circulación contraria, comenzando la maniobra de adelantamiento respecto de un vehículo automotor de grandes dimensiones que circulaba por la mencionada ruta y en la misma dirección. En ese momento al advertir que por el carril de circulación contrario circulaba un ómnibus marca Volvo de la empresa ..., sin dominio colocado, intentó ingresar bruscamente hacia el carril de circulación, produciéndose un impacto en el sector posterior del ómnibus que conducía con el sector medio del ómnibus que circulaba en el sentido contrario, lo que provocó que el ómnibus hiciera un giro, ingresara a la banquina de la ruta y comenzara a dar vuelcos hasta quedar detenido sobre la banquina de la Ruta Nacional N° 7» ocasionando la muerte a tres personas, heridas graves a siete personas y heridas leves a veintidós personas (fs. 1033 vta./1034). Para decidir en tal sentido, el a quo valoró el acta de procedimiento de fs. 27/30, el croquis ilustrativo de fs. 31, el informe de Policía Científica de fs. 104/106, el acta de dosaje de alcohol de fs. 116, el informe del Laboratorio de Toxicología del Cuerpo Médico Forense de fs. 117, el acta de extracción del tacógrafo de fs. 181, los testimonios de los pasajeros sobrevivientes y la declaración del acusado, así como toda la prueba válidamente incorporada al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de L. Q. entiende que la resolución atacada adolece de vicios in procedendo e in iudicando. En concreto: 1. Vicios in procedendo En el nivel de la valoración de la prueba expresa que: a.- El tribunal de juicio no habría valorado correctamente la prueba incorporada a la causa. Específicamente, hace referencia a las declaraciones de los testigos –las cuales considera contradictorias–, al resultado del análisis del GPS y, finalmente, al examen de la información arrojada por el tacógrafo. Todo lo cual verificaría que Quiroga no conducía a exceso de velocidad. b.- No se habría acreditado el dolo de homicidio, en tanto intención de cometer el delito de homicidio. 2. Vicios in iudicando Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, postula que: a.- Los hechos habrían sido incorrectamente calificados, pues no se trataría de un homicidio simple con dolo eventual, sino de un homicidio culposo. b.- El marco conceptual utilizado por el tribunal de juicio con base en el precedente «Sanhueza» sería erróneo, debiéndose tomar como referencia el punto de partida de D'Alessio. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 1177/1179).

De manera preliminar, el titular del Ministerio Público Fiscal advierte que el recurso deviene formalmente improcedente. Esto en tanto, el libelo recursivo no sería más que una declaración de enunciaciones agraviantes generalizadas, sin concreción alguna que permita advertir con claridad sobre qué puntos de la sentencia agravia al recurrente; tarea que le corresponde al quejoso establecer de forma clara y precisa. Sin perjuicio de lo expuesto, para el caso de que se ingrese en el fondo del recurso de casación, entiende que corresponde su rechazo sustancial.

En esta línea argumenta que el defensor realiza una **mera discrepancia con la valoración** efectuada por el a quo en la sentencia, la cual se advierte debidamente fundada tanto en lo que respecta a la prueba, como en lo relativo a la calificación legal.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe desestimarse el recurso casatorio impetrado. Doy razones.

1.- Vicios in procedendo

a. La velocidad del rodado al momento del siniestro

La defensa advierte que el tribunal de juicio pasa por alto que los testigos habrían incurrido en contradicciones al referir la cantidad de paradas y la velocidad del rodado momentos previos al siniestro. En concreto, el recurrente expresa que los testigos habrían cambiado los hechos incurriendo en «faltas a la verdad» respecto de si el colectivo había parado o no, sobre cuántas paradas habría realizado y, finalmente, la velocidad a la que se habría desplazado el rodado desde su salida hasta entrar a la República Argentina, y desde allí hasta el lugar del hecho.

En primer lugar, entiendo que la defensa no consigue concretar el agravio mencionado en el párrafo anterior, en relación con las declaraciones de los testigos; déficit del que adolecen, en verdad, todos los agravios con los que el impugnante intenta nulificar la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 2.

Con todo, el tribunal de juicio ha realizado un minucioso trabajo analítico de las declaraciones testimoniales de los pasajeros sobrevivientes del transporte de pasajeros de la empresa En efecto, los matices que se leen entre una y otra declaración – contradicciones para el defensor que, de cualquier

manera, no ha precisado correctamente— se deben a lo traumático de la experiencia, y a que muchos de los sobrevivientes viajaban durmiendo debido a la hora en la que se produjo el siniestro.

En este sentido, el a quo considera que el **estándar de recepción de los recuerdos** que propone la defensa es «incompatible con la sana crítica racional», en tanto los testigos «se han visto afectados traumáticamente por el accidente por ello es razonable que existan matices en la versión aportada por los testigos» (fs. 1042 vta.).

Por ende, no cabe duda de que el objetivo del recurrente —poner en tela de juicio la velocidad a la que se desplazaba el rodado al momento del hecho y en tramos anteriores del viaje— no es alcanzado.

Sin embargo, la defensa no solo opone contradicciones entre los testigos, las cuales como hemos visto no son tales, sino que, además, cuestiona el resultado arrojado por el peritaje del GPS y el tacómetro del transporte de pasajeros. Nuevamente la ausencia de razones consistentes en relación con este extremo de su argumentación impide apreciar acabadamente cómo el razonamiento del tribunal de juicio se encontraría viciado en lo que hace a la valoración de estos elementos.

Así, no verificada ninguna irregularidad en el levantamiento de la información contenida en estos instrumentos, entiendo que no existe razón alguna para sospechar de los datos objetivos brindados por el GPS y el tacómetro del transporte de pasajeros, los cuales avalan las impresiones y sensaciones que tuvieron los testigos.

El análisis del GPS y el tacógrafo determinaron la distancia recorrida por el transporte de pasajeros, la velocidad a la que se desplazó, las paradas efectuadas, así como los diversos sucesos experimentados durante el trayecto.

De esta información, se extrajo que el impacto se produjo a una velocidad de 95 km/h, mientras que, al iniciar la fase de vuelco y apoyarse sobre las ruedas laterales izquierdas, alcanzó una velocidad de 125 km/h.

En la sentencia se explica correctamente que «el informe de Policía Científica da cuenta que desde el momento que empezó el recorrido (22.20 horas del 01.02.18) hasta que se produjo la colisión (03.00 horas del 02.02.18, transcurrieron cuatro horas con cuarenta minutos, contando las cuatro detenciones (fs. 750/751). Y que después de una hora de iniciado el viaje se advirtió en territorio chileno el primer tramo de velocidad superior a los 90 km/h, con predominio entre los 95 y 102 km/h (23.41 a 23.50 hs.).

En otra parte se observó una variación entre los 91 y 102 km/h, 'con una mayor predominación entre los 100 km/h y 102 km/h' durante casi media hora (00.46 a 01.15 hs.).

Se detectó también una velocidad entre los 91 y 102 km/h, 'con una mayor predominación entre los 100km/h y 102 km/h', por espacio de cuatro minutos (01.26 a 01.30 hs.). Luego, en territorio argentino, tras una breve detención a las 02.57 horas, se observa 'un ascenso continuo de la velocidad de circulación del ómnibus [...] hasta su pico máximo de circulación [...] de 125 km/h en un tramo menor aproximado a 01 km' (fs. 755).

Entonces, si una buena parte del recorrido (fueron 189,3 km desde la salida hasta el accidente) se hizo por camino de montaña, dejando de lado los **límites de velocidad** que establecen las leyes de Chile y Argentina, es totalmente lógico que los pasajeros percibieran que el conductor del ómnibus avanzaba a exceso de velocidad» (fs. 1043 vta.).

Dicho lo anterior, entiendo que el tribunal de juicio ha valorado correctamente los diversos elementos de prueba —testimonios de los pasajeros y datos objetivos arrojados por el GPS y el tacómetro del vehículo— que permiten afirmar que Q. no respetó la velocidad segura al conducir el transporte de pasajeros de la empresa La velocidad de circulación segura es aquella que la ley denomina «precautoria» y que «le

permite al conductor tener siempre el dominio total de su vehículo» (art. 50 Ley N° 24.449), y ella puede ser distinta (menor) que la velocidad máxima, conforme las circunstancias en las que se desarrolle la conducción del rodado.

No obstante, en este caso se verifica que el conductor no solo infringió la velocidad precautoria, sino también la velocidad máxima al intentar una maniobra de traspasamiento en doble línea amarilla en la curva de un camino de montaña.

Por ende, no puede compartirse la postura de la defensa en orden a criticar la prueba que sustenta la conclusión del tribunal en relación con el exceso de velocidad.

Conforme lo dicho hasta aquí, y en lo que respecta al primer agravio presentado por el recurrente, entiendo se ha comprobado objetivamente que el acusado se trasladaba a una velocidad que no era la precautoria y, por ende, tampoco la permitida.

b. La prueba del comportamiento doloso

En segundo lugar, la defensa entiende que no se ha probado con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria que el comportamiento del acusado haya sido doloso.

Para ganar en claridad expositiva trataré este agravio en el acápite siguiente después de analizar el marco teórico que precede a la prueba del **aspecto subjetivo del hecho**.

2. Vicios in iudicando

Corresponde ahora tratar el **aspecto subjetivo** del hecho atribuido al acusado.

En primer término, en lo que respecta a la determinación de los criterios teóricos adoptados para resolver el título de la **imputación en el plano subjetivo**. Una cuestión analíticamente previa al tratamiento de su prueba en el caso concreto.

El desarrollo sucesivo continúa en la línea de mi postura en relación con las cuestiones planteadas en el precedente «Sanhuesa».

a. Consideraciones preliminares

Como es sabido, la opinión mayoritaria no busca la diferencia entre dolo y culpa en los factores intelectuales (las representaciones). El dolo, según el marco teórico más difundido, contiene un segundo elemento denominado **voluntad**. Esto se ve reflejado en la frecuente definición que expresa: «dolo es **conocer y querer** la realización del tipo penal».

De este modo, a menudo suele distinguirse las formas del dolo considerando que, tanto del lado de la **representación** como del lado de la **voluntad**, existen dos fenómenos distintos.

Aspecto intelectual

En el **aspecto intelectual**, el autor se puede representar que una circunstancia determinada se producirá **con seguridad**, por ejemplo: «A acelera el coche y se dirige contra B, de quien está seguro es una persona y lo atropellará mortalmente».

Asimismo, puede ocurrir que el autor solo esté seguro de que tiene a una persona delante de él, pero no de si conseguirá embestirlo y quitarle la vida (**«tener por posible»**).

El **componente cognitivo del dolo**, más precisamente la representación de que con seguridad o posiblemente se habrá de realizar el tipo, abarca únicamente un ámbito parcial del aspecto psíquico de la acción, esto es, la representación de las circunstancias y las consecuencias bajo las cuales ocurre la dirección voluntaria del movimiento corporal. Esto es, en general, aceptado. Lo que sí es objeto de una viva controversia es si estos elementos psíquicos deben ordenarse en el ámbito del **tipo** (así, el finalismo

y el funcionalismo) o de la **culpabilidad** (así, el causalismo naturalista, el causalismo valorativo y el normativismo).

Aspecto volitivo

Por su parte, el **aspecto volitivo** en relación con las circunstancias relevantes para la realización del tipo («circunstancias de hecho») se conforma, también, de dos formas.

Puede que el autor se dirija a alcanzar determinadas consecuencias: «A **desea** atropellar a B» o, también es posible que las producciones de determinado resultado sean para el sujeto actuante indiferentes o inclusive no deseadas e independientemente de que las tenga o no por seguras, solo se las represente como posibles: «A conduce de manera extremadamente peligrosa para la vida de B».

El componente volitivo suele presuponerse como obvio y se deduce de un **concepto prejurídico de acción**, según el cual, la teoría causal de la acción postula que «**acción es un movimiento corporal voluntario**».

De ello, se deriva que la voluntad de efectuar un movimiento corporal debe encontrar su sitio en algún lugar de la teoría del delito.

Así, la doctrina y jurisprudencia han incluido la voluntad como un elemento del dolo –por lo menos desde principios del S. XIX– resultando indiferente que este último fuera contemplado como un elemento del tipo o de la culpabilidad.

b. Determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales

El tribunal de juicio adscribe a un concepto de dolo que se construye a partir del componente intelectual.

En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el dolo es que el autor **haya tenido por posible el resultado**.

Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa únicamente en el marco de los **elementos intelectuales** se basan en la **posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico**.

Estas comienzan por el mero «tener por posible» la realización del tipo penal y se incrementan, pasando por la posibilidad seria, concreta o cercana, hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto.

Al momento de resolver el título subjetivo de la imputación de Quiroga los jueces sentenciantes realizaron una adscripción a la teoría del dolo como conocimiento.

Este marco teórico suficientemente argumentado en el plano doctrinario, conduce al a quo a afirmar, por un lado, que basta con el **conocimiento de la peligrosidad de la conducta**, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, **más allá de la relación psicológica** individual del autor con su hecho en tanto querer.

La premisa teórica de la que parten los jueces sentenciantes, a pesar de la viva controversia que atraviesa el tema, se encuentra debidamente fundada. En efecto, **el dolo como conocimiento del riesgo** es una formulación aceptada jurisprudencialmente.

Por otro lado, el principio de culpabilidad también se encuentra salvaguardado al momento en que al acusado se le imputa subjetivamente un hecho cuyos extremos le han sido asequibles.

El **principio de culpabilidad** no implica necesariamente identificar una construcción normativa con su correlato positivo en el Código penal.

Así, construcciones como **la comisión por omisión o la actio libera in causa**, en los ordenamientos jurídico-penales que no las contemplan, no son inconstitucionales si respeta la idea de reprochabilidad como imputación de reprobación en tanto presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal.

La discusión sobre la validez de la teoría en el plano argumentativo, dogmático y constitucional, no significa desconocer que el estándar probatorio exigido por una sentencia condenatoria, implica debatir cuestiones en otro nivel, el de la prueba.

En suma, no es correcta la objeción de la defensa relativa a que el comportamiento de Q. debería ser considerado culposo. Inicialmente, se advierte que la defensa no concreta el agravio en el plano teórico, y realiza consideraciones abstractas que no explican cuál es el límite existente entre el dolo eventual y la culpa con representación que el juez ha de respetar y por qué en este caso se ha traspasado.

En suma, en relación con la crítica del recurrente al marco teórico utilizado por el tribunal de juicio para resolver las cuestiones de imputación que plantea el caso sometido a decisión, no existe incompatibilidad alguna con los principios constitucionales que rigen la materia penal.

c. Determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales-volitivos

No obstante la validez de la sentencia en lo que hace a la determinación del dolo exclusivamente a partir de su aspecto cognitivo, soy de la opinión de que el dolo debe construirse sobre una base mixta de presupuestos intelectuales-volitivos.

Como ya he sostenido en «Sanhueza», una **teoría cognitiva-volitiva del dolo** permite resolver el caso de una manera más satisfactoria que una teoría cognitiva.

Conviene destacar aquí que comparto la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la «determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción» (Nuñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el art. 149 de la Constitución de Mendoza, al prever que «Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (el destacado me pertenece).

El criterio volitivo-cognitivo es el que ha de utilizarse para respetar el concepto de acción causal voluntaria como sustrato tanto de los delitos dolosos como de los culposos.

Pero el elemento volitivo no debe ser identificado con un querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa –en este caso se trataría de dolo de primer grado– sino en tanto aceptación, aprobación o conformidad del (eventual) resultado de lesión para el bien jurídico protegido. En otras palabras, asiente la realización del hecho que prevé como probable, con menosprecio de la consecuencia probable.

Quien conduce un ómnibus de pasajeros a exceso de velocidad por una ruta de montaña haciendo caso omiso a las reclamaciones de los pasajeros y realiza una maniobra de adelantamiento prohibido por doble línea amarilla en una curva, conoce y acepta tanto el peligro que está creando como el resultado en el que eventualmente puede concretarse ese riesgo.

Nuevamente, el aspecto volitivo del dolo eventual presenta determinadas peculiaridades que lo distinguen de aquel que es exigido en los casos de dolo de primero o segundo grado.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, entiendo que tanto una teoría cognitiva-volitiva como una teoría cognitiva arrojarían una solución idéntica a la alcanzada por el juzgador en relación con el aspecto subjetivo del hecho.

En efecto, en el comportamiento de Q. al momento del siniestro permite apreciar un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida e integridad física de las personas que se trasladaban junto con él.

Estas consideraciones han sido correctamente ponderadas por el tribunal de juicio, quien citando el precedente «Sanhueza» y aplicando los criterios allí desarrollados, considera que el recurso a una teoría cognitiva-volitiva también arrojaría como resultado una calificación jurídica de carácter dolosa (f. 1048).

d. La prueba del comportamiento doloso

El aspecto subjetivo del hecho debe ser acreditado con el mismo estándar que cualquier otro extremo del delito en tanto objeto del proceso.

Con todo, no debe perderse de vista que el marco teórico previamente asumido determina los extremos del aspecto subjetivo del hecho en tanto objeto de prueba.

Así, corresponde ahora analizar si se ha alcanzado en relación con el dolo eventual el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria.

A tal fin, me parece apropiado hacer uso de una distinción tradicional que hace tiempo se utiliza para precisar a **qué circunstancias de hecho debe extenderse el dolo**.

Existen circunstancias de hecho que recién aparecen en el mundo como producto de la acción del autor, factores cuya realización o presencia depende de su comportamiento.

A ellos pertenece, en primer lugar, el resultado típico –en nuestro caso, la muerte y lesiones de los pasajeros–, pero también el modo y la forma de su causación: una maniobra de adelantamiento prohibida, en doble línea amarilla en una curva, a exceso de velocidad, durante la noche en una ruta de montaña, haciendo caso omiso a la advertencia de disminución de velocidad y bajo los efectos de estupefacientes.

Los criterios utilizados para determinar el dolo se refieren casi exclusivamente a esta última categoría. Frente a ella, me parece sensata la diferenciación entre dolo y culpa sobre la base de la escala de peligros.

Así, **el dolo se distingue de la culpa consciente sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado**, esto es, más circunstancias fácticas que sustancian el pronóstico de resultado.

La culpa consciente, a pesar de que en ella se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra como un caso de error que excluye el dolo, dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo.

Conforme lo anterior, corresponde preguntarnos si se ha probado que Q. era **consciente de los factores de riesgo** que acarrearían la producción del resultado, o sí, por el contrario, padeció un error sobre ellos que habría de canalizarse por la vía de la culpa.

La respuesta a esta pregunta no depende de la probabilidad con la que el autor considera posible, en la situación dada, que el curso causal desafortunado puede tener lugar –acaso el acusado haya confiado en poseer la suficiente destreza para realizar exitosamente la maniobra de traspasamiento prohibida–.

Lo decisivo es tan solo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales que Quiroga se representó válidamente y frente a los que adoptó una actitud de aceptación, aprobación o conformidad para con el eventual resultado que, con base en la experiencia común, se deriva de ellos.

Estos factores han sido suficientemente acreditados: Quiroga era un chofer profesional, que había realizado numerosas veces el trayecto por la Ruta Nacional 7, capacitado para la conducción en ruta de montaña, que conocía la velocidad máxima a la que debía desplazarse, así como la prohibición derivada de la doble línea amarilla y que voluntariamente omitió hacer caso a las reclamaciones de los pasajeros. Ello es lo suficientemente intenso para fundar un dolo de causación en relación con el resultado del siniestro y se encuentra debidamente probada en las constancias de la causa.

La representación de la producción del resultado no constituye un criterio que pueda ser elegido arbitrariamente por el tribunal de juicio, sino que hace referencia a una estimación que es libremente realizada por el sujeto actuante, y por ello, tal como se anticipó más arriba, en la presente sentencia no vulnera de ningún modo el principio de culpabilidad por el hecho.

Este juicio objetivo de peligro orientado a leyes causales y reglas de la experiencia ha sido suficientemente acreditado en el transcurso de la causa. En este orden de ideas, cabe agregar que tampoco se encuentran vulnerados el principio de ultima ratio y el sistema del numerus clausus, crítica que la defensa no concreta ni motiva suficientemente, y que por ello ha de ser descartada sin más.

En consecuencia, estimo que el tribunal tuvo debidamente por probado que el acusado el día de los hechos condujo a exceso de velocidad en diversos tramos del recorrido conociendo y aceptando la peligrosidad del camino de montaña por el que desplazaba a más de treinta personas y que, de ocurrir un siniestro producto del traspasamiento prohibido, podría cobrarse la vida de varios o todos ellos.

Representación que es lo suficientemente intensa para considerar probado el dolo en relación con la eventual producción del resultado.

En este orden de ideas, entiendo que, aun cuando se estimara que junto con la representación de la producción del hecho ha de probarse que concurrió un determinado elemento volitivo, tal como expresa la defensa, el «consentimiento», «aprobación» o «estar de acuerdo» de Q. en relación con la (eventual) producción del resultado también ha sido debidamente acreditado.

En efecto, esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, se sustenta a mi entender en el continuar conduciendo a exceso de velocidad en tramos del camino particularmente complejos a pesar de la reclamación de su acompañante.

Si Q. no hubiese consentido o desaprobado el eventual resultado de su hecho, debió disminuir la velocidad por voluntad propia o, al menos, en el momento de solicitarlo un pasajero; así como no debió realizar la maniobra prohibida de traspasamiento.

Actitud que no tomó y que implica una toma de postura del acusado respecto de la producción del resultado que no se condice, en el aspecto subjetivo del hecho, con la culpa.

La voluntad de evitación excluye la aceptación inherente a la voluntad de causación, la cual no fue demostrada en ningún momento por el acusado, salvo, cuando ya había perdido completamente el dominio del rodado. Momento en que ya era demasiado tarde para desistir.

Este marco conceptual ha sido estrictamente respetado por el tribunal de juicio, el cual advierte expresamente en uno de los tramos de la sentencia que «el quid de la cuestión reside en que, primero, el chofer de ... decide mantener su actitud de velocidad ascendente y, segundo, redobla su apuesta, al sobrepasar al camión en zona de curva, **sabiendo la alta probabilidad de causar daños** incalculables para bienes jurídicos ajenos» (f. 1053 vta.).

Con base en estas consideraciones, entiendo que el aspecto subjetivo del hecho en tanto imputación dolosa ha sido correctamente acreditado con base en las constancias de la causa.

e. Conclusión

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar. Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Palermo. Disidencia parcial.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO:

Si bien comparto la solución a la que llegan mis colegas de Sala en relación con la **calificación dolosa** dada a los hechos imputados, por las razones que desarrollaré a continuación, difiero en la fundamentación que precede a tal conclusión.

En función de la diversa argumentación que expondré, considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso formulado, debiendo anularse la sentencia cuestionada en cuanto a la determinación de la pena impuestas.

Inicialmente, explico las razones que me persuaden de que el marco teórico utilizado en el voto preopinante no consigue aquello que se propone, esto es, explicar la imputación dolosa en contra del acusado.

En verdad, una derivación razonada de los postulados de una teoría débil de la voluntad debería conducir, conforme los hechos dados por probados, a un reproche por imprudencia.

Acto seguido, argumentaré por qué casos de esta índole solo pueden resolverse adecuadamente **si se objetiviza la distinción entre dolo e imprudencia**.

Esta aproximación al caso toma como premisa a una teoría débil de la representación que coloque en un lugar central al **conocimiento de la probabilidad de acaecimiento del resultado lesivo**, en tanto **valoración normativa**.

Por último, la toma de postura precedente deja despejado el camino para establecer cuáles deben ser los parámetros que han de observarse en el caso concreto para determinar el carácter de la imputación en el nivel del tipo subjetivo.

La finalidad de las siguientes consideraciones no es otra que delinear los presupuestos que deben ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores para determinar cuándo un comportamiento prohibido en el ámbito del tráfico vial debe ser considerado típico de una figura dolosa.

a.- Consideraciones preliminares

La cuestión de cómo ha de **conceptualizarse y delimitarse el dolo frente a la imprudencia** es una de los temas más difíciles y discutidos del Derecho penal.

Naturalmente, no me es posible extenderme acabadamente sobre tal problemática, aunque es necesario establecer algunos lineamientos hermenéuticos, considerando la enorme importancia práctica que posee esta cuestión para los casos como el sometido a decisión.

El siguiente iter argumentativo realiza, en primer término, un desarrollo crítico de la teoría de la voluntad en sentido débil, el cual justifica mi apartamiento de la fundamentación de mis colegas de Sala (punto b.). Acto seguido, propongo una **conceptualización objetiva del dolo y la imprudencia** para, a partir de allí, derivar consecuencias razonadas en orden a contestar los agravios formulados por el recurrente (punto c.).

Finalmente, advierto un déficit de motivación en el nivel de la individualización de la pena, lo que me conduce a pronunciarme por la anulación parcial de la sentencia en relación con este aspecto del fallo (punto d.). Las conclusiones se explicitan en el punto e.

b.- La teoría débil de la voluntad en el voto mayoritario

Mis colegas de Sala verifican la corrección del razonamiento del a quo con base en la teoría de la voluntad en sentido débil.

Previo a desarrollar sus postulados, es necesario introducir que las teorías del dolo toleran una clasificación inicial que las separa entre **teorías de la voluntad y teorías de la representación**.

A su vez, cada una de estas propuestas presenta tanto una versión fuerte como una versión débil. Una teoría de la voluntad fuerte equipara el dolo con la intención.

Es decir, únicamente eran dolosas aquellas hipótesis en las que el agente pretendía intencionalmente el resultado.

Los autores que sostienen esta opinión, hoy dejada de lado, coincidían en que el ámbito del dolo debía quedar identificado con el concepto de voluntad, de lo querido. La ventaja de un planteamiento de esta índole es que logra, en principio, una muy sencilla distinción entre dolo como intención e imprudencia como ausencia de intención.

Por su parte, su problema es que el dolo quedaría reducido a los casos de intención, no pudiendo explicar casos como el presente, en los que no existe intención y, sin embargo, sus suscriptores no estarían dispuestos a tratar como imprudentes.

Por ello, este bajo rendimiento teórico y el estrecho margen dejado al dolo hizo surgir rápidamente un planteamiento superador –pero, como veremos, no exento de importantes contrariedades– que se conformaba con menos, es decir, con la aprobación o consentimiento del autor para con el resultado lesivo. Así, ya no era necesario verificar la intención y se ampliaba el margen del dolo eventual, bastando una actitud de aprobación o consentimiento frente a la realización típica.

Esta es la opción teórica de mis colegas.

En este marco, la realización típica no solo se quiere cuando intencionalmente se la persigue, sino también cuando no se la quiere, pero se la representa como necesaria e internamente se la aprueba o consiente. Si en cambio, el autor confía en que el resultado que se representó como posible no se producirá, o manifiesta una voluntad de evitar ese resultado, o lo rechaza internamente, entonces no habrá querido el resultado y actuará, por lo tanto, sin dolo. Sin embargo, como es posible advertir rápidamente, una correcta aplicación de las premisas anteriores no se muestra como especialmente idónea para resolver casos críticos como el ahora analizado.

En efecto, una derivación lógica de las premisas sobre las que se construye este edificio teórico debería conducir a la calificación de los hechos imputados al acusado bajo figuras imprudentes.

Advierto entonces **cuatro objeciones** en este sentido: en primer término **(i.)**, al someterse la actuación del acusado a la Fórmula de Frank arrojaría un resultado de imprudencia, contradictorio con el alcanzado en el voto mayoritario; en segundo término **(ii.)**, actualmente el defensor más moderno de una teoría de la voluntad débil, Roxin, considera que casos de esta índole deberían ser considerados como de imprudencia; en tercer lugar **(iii.)**, este planteamiento no puede explicar qué lugar ocupa en el caso la voluntad de evitación manifestada por el acusado en el momento del hecho; y, por último **(iv.)**, se deja sin respuesta un interrogante central para resolver correctamente el caso: qué sucede cuando el autor desconoce –y por ende no aprueba o consiente– el hecho porque confía en que este no se producirá. Veamos.

i.- El test que debe superar una imputación por dolo para quien asume una teoría débil de la voluntad es la primera fórmula de Frank, la cual –replanteada en su hora por v. Hippel– busca responder a la pregunta de cómo se comprueba en el caso concreto si el **autor aprobó internamente la consecuencia que se representó como posible**, mediante la formulación de otra pregunta: ¿qué hubiera hecho el autor si, en lugar de representarse a la consecuencia típica como posible se la representaba como segura? Si la respuesta reza: «hubiera actuado de todos modos», entonces se concluye que hay dolo eventual, pues se comprueba entonces que el autor aprobaba el resultado. Si, por el contrario, la respuesta es que el autor en ese caso no hubiese actuado, entonces se concluye que no tuvo dolo.

Es fácil ver, volviendo ahora al caso concreto, que el experimento mental anterior no hubiese arrojado una respuesta afirmativa. Es decir, de representarse el acusado que al realizar la maniobra de adelantamiento colisionaría con un ómnibus de pasajeros, es posible derivar que no hubiese actuado. En consecuencia, debería negarse el dolo, en tanto de las constancias obrantes en la causa no surge que Q. M. hubiese actuado pensando «pase lo que pase, yo no obstante actúo» (segunda Fórmula de Frank) pues, en efecto, cuando se representó como seguro el resultado, intentó evitarlo.

ii.- A la inconsecuencia anterior, debe agregarse que **Roxin**, mediante su fórmula del «tomarse en serio», requiere verificar una decisión a favor del injusto, en tanto **saber y querer la realización del tipo**. Y vale decir que este autor al aproximarse a un caso estructuralmente análogo al objeto del proceso explica que: «Cuando p. ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto –hasta aquí, como en el caso de la correa de cuero– conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas» (**Roxin, Derecho penal Parte general, Madrid, 1997, t. I, § 12/23**).

Continúa Roxin y explica que la diferencia radica, sin embargo, en que el conductor en tal situación, y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. En suma, el aparato conceptual precedente frente a un caso de adelantamiento prohibido en el tráfico rodado, hasta donde alcanzo, es correctamente aplicado **por Roxin, quien aboga por la solución de la imprudencia**.

iii.- Un planteamiento que requiere voluntad de realización del tipo para afirmar un actuar doloso en el agente se encuentra en dificultades cuando, en supuestos altamente peligrosos para la vida y la integridad física de las personas, no se comprueba que se trate de un conductor suicida. Ello en tanto, de ninguna manera puede sostenerse que en el proceso se haya verificado que el autor aprobó o consintió su muerte y la de los demás pasajeros.

Que no estamos ante un conductor con voluntad de autolesionarse surge de la dinámica del accidente, según la cual, a posteriori de adelantarse de manera prohibida y, luego de divisar al transporte de pasajero de la empresa Andimar que se aproximaba en sentido contrario, Q. M. intentó desesperadamente evitar la colisión frontal. Una brusca maniobra que, si bien no consiguió evitar la colisión, convence –en términos de Armin Kaufmann– de la existencia de **una voluntad de evitación**.

Así, la comprobación precedente, de ser tomada en serio a la luz de las premisas que guían una teoría débil de la voluntad, debería conducir a rechazar la existencia de una aprobación o consentimiento y, por ende, de dolo eventual.

Es que en la solución del caso, de acuerdo con este marco teórico, debería constatarse no solo que el autor tuvo en cuenta que uno de los posibles desenlaces de su actuación podía ser su muerte y las del resto de los pasajeros, sino que, además mantuvo su decisión de circular sin apartarse ni disminuir la velocidad.

Sucintamente, el problema que late en el fondo de esta teoría es la incorporación de un elemento voluntativo bajo la forma de aprobación o consentimiento que, en rigor, no debe ocupar ningún lugar en el análisis del aspecto subjetivo del hecho. En suma, a lo que debe apuntarse sistemáticamente es a la completa supresión de la actitud interna del agente en tanto extremo del segmento en el cual se define el dolo.

iv.- Finalmente, el trazado teórico de una teoría de la voluntad en sentido débil no deja espacio para la formulación de una pregunta central en casos críticos. Esta hace referencia a cómo deben resolverse las

hipótesis en las que el autor desconoce irracionalmente alguno de los elementos del tipo objetivo. Sobre ella me ocuparé inmediatamente.

c.- Aproximación al caso desde una teoría de la probabilidad objetiva

En orden a contestar los agravios defensivos en relación con la calificación jurídica dada a los hechos imputados me parece necesario aclarar dos cuestiones que son para mí fundamentales.

En primer lugar

(i.), en el caso del dolo los únicos datos mentales relevantes son los relativos al conocimiento; formulado con otras palabras, **dolo es conocimiento de la realización típica**. Esta toma de postura me sitúa entre los partidarios de **la teoría débil de la representación**.

En segundo lugar

(ii.), regreso a un **criterio cualitativo de distinción entre dolo e imprudencia** en el nivel del tipo objetivo, sobre el que ya he tenido oportunidad de pronunciarme en otras ocasiones.

Por último, enfrente la cuestión del (des)conocimiento del autor en relación con los extremos del peligro previamente creado. A partir de estas premisas derivó una serie de parámetros que son verificados en el caso concreto y habilitan a considerar una imputación dolosa.

i.- Más arriba expliqué que históricamente la diferencia entre dolo e imprudencia se vio atravesada por una clasificación binaria entre teorías de la voluntad y teorías de la representación; categorías que, a su vez, presentan variaciones en relación con sus matrices conceptuales.

Descartada las **teorías de la voluntad** en su versión original o fuerte, así como en su versión débil, resta determinar el rendimiento de las teorías de la representación y, en lo particular, de la teoría débil de la representación; la cual asumo como marco teórico.

Desde luego, el punto de partida de la teoría clásica de la representación rechaza el postulado básico de la teoría de la voluntad, según el cual el autor debe querer el resultado para actuar con dolo.

De aquí que se derive una conclusión «fuerte»: la voluntad es inútil o en todo caso superflua para la caracterización del dolo, pues para ello basta la representación del resultado como posible.

Una aproximación que tome como punto de partida la teoría de la representación cuenta en su haber con que no está obligada a forzar el concepto de voluntad para captar todos los casos de dolos. A la inversa, cuenta en su débito con el problema inverso al de las teorías de la voluntad, en tanto aquí la consecuencia indeseada es precisamente la reducción del ámbito de la imprudencia a favor del dolo.

De hecho, **una tesis fuerte de la representación, esto es, una tesis que sostenga que el dolo se agota en la representación conduce a afirmar que los casos de imprudencia consciente son en realidad de dolo** - algo que, a excepción de Zielinski, nadie se ha animado a sostener-

En suma, es fácil advertir las razones por las que ninguna de las **tesis fuertes -dolo (solo) como voluntad o dolo (solo) como representación-** tuvo éxito en la doctrina y en la jurisprudencia.

Por ello, en el marco de la teoría de la representación también surgieron versiones «débiles» que con mejor o peor suerte consiguieron su lugar en la panorámica teórica.

Entre ellas destacan, en términos generales, **la teoría de la posibilidad y la teoría de la probabilidad**.

Aquella propone como criterio de delimitación entre dolo e imprudencia identificar siempre al dolo con el conocimiento de la posibilidad concreta de la realización típica y a la imprudencia con el desconocimiento de esa realización en tanto caso de error.

Con todo, esta versión sigue siendo «débil» en el sentido de que no llega a afirmar que toda **imprudencia consciente** es en realidad dolo.

Conceptualmente, ello implica rechazar una **diferenciación cuantitativa** entre dolo e imprudencia: si para la teoría de la posibilidad dolo es siempre un caso de conocimiento de la posibilidad de lesión e imprudencia un caso de desconocimiento (o error), entonces, la diferencia entre ambas categorías es **cualitativa** y no gradual.

Naturalmente, existen dentro de este marco teórico propuestas diversas -entre ellas, las de Schröder, Schmidhäuser o Frisch- sobre las que no cabe entrar ahora.

Corresponde entonces detenernos de momento en la otra alternativa derivada de la matriz de las teorías de la representación, las **teorías de la probabilidad**. Su núcleo conceptual hace referencia a que lo importante en verdad es el juicio de probabilidad sobre la realización típica en el caso concreto.

Y aquí se plantea nuevamente una bifurcación en la doctrina pues, en el marco de este enfoque, la disputa hace referencia al punto de vista en función del cual se realiza el **juicio de peligro**, el del autor o el del orden jurídico.

Así, una **teoría subjetiva de la probabilidad** postula que la distinción entre dolo e imprudencia depende del alto grado con el que el autor se represente la producción del resultado.

Es decir, la valoración sobre la probabilidad de realización del tipo tiene su génesis en el autor en relación con el caso concreto.

Las objeciones con la que debe lidiar este planteamiento son evidentes: pueden existir casos en los que sea objetivamente probable que se produzca el resultado y, por no habérselo representado el autor, deban ser calificados como imprudencia, mientras que, a la inversa, puede haber representaciones individuales que no se correspondan con el bajo **riesgo objetivamente verificable** para la posición jurídica protegida.

Por ello, entiendo que una de las coordenadas para resolver el problema de la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia se encuentra ya no en la teoría de la voluntad, ni tampoco en la versión débil de la teoría de la representación en tanto posibilidad subjetivizada de realización típica, sino en **las teorías de la representación como probabilidad objetiva de ocasionamiento del hecho lesivo**. Aquí ya no se trata de lo que el autor cree o piensa que es el grado de realización típica, sino de un **juicio de valoración del hecho a la luz de parámetros normativos**.

Tampoco son escasos los autores que, por las ventajas inherentes a este planteamiento, se pronuncian a favor de una teoría de la probabilidad de corte objetivo. Me interesa ahora mencionar a dos: Herzberg y Puppe. El primero de ellos, busca delimitar el dolo de la imprudencia como un problema de tipo objetivo. Según esta idea, no es la forma de conocimiento sino las características del objeto a conocer la base de la distinción.

Así, cuando es improbable la realización del tipo, la conducta nunca puede ser dolosa, cualquiera haya sido la intención del autor. Herzberg propone una triple clasificación de los peligros, según se trate de: un peligro cubierto o asegurado a través de la atención humana que solo puede dar lugar a una imputación por imprudencia; un peligro descubierto o no asegurado en tanto riesgo muy elevado que hace altamente probable el acaecimiento del resultado, frente a la cual la atención humana no puede ofrecer ninguna reserva y, por ende, solo pueden dar lugar a una imputación por dolo y, por último, un peligro descubierto o no asegurado, pero remoto, el cual también da lugar a un reproche por imprudencia.

La primera de las categorías es aquella en la que, por regla general, han de encuadrarse los accidentes producidos en el tránsito vial. Los conductores saben que estadísticamente el riesgo que tienen de sufrir un accidente, realizando maniobras prohibidas e incluso temerarias, es mínimo, pues cuentan con la

atención adicional propia y la de quienes son puestos en peligro para conjurar el riesgo creado. Por ende, estos peligros se consideran fácticamente cubiertos o asegurados.

Este es, por ejemplo, el caso del conductor que avanza por una autopista a gran velocidad detrás de otro automóvil sin guardar la distancia reglamentaria quien, si bien ha creado un peligro ciertamente concreto, este racionalmente se encuentra cubierto por su atención y, por ello, de producirse la colisión, solo podría realizársele un reproche a título de imprudencia.

En esta línea de **pensamiento Puppe** agrega que lo determinante ha de ser la cualidad prototípicamente lesiva del peligro creado que ha sido reconocido por el autor. Así, el juicio sobre el peligro es objetivo, lo debe emitir el Derecho y no el autor. Pero el autor que obra con dolo no debe dejar de reconocer las circunstancias fácticas que fundamentan el peligro. En consecuencia, la autora alemana postula que existen peligros de dolo y peligros de imprudencia. Los peligros de dolo, por su calidad son prototípicamente lesivos, de modo que la probabilidad de realización del tipo es muy alta. De este modo, si el autor reconoce esta clase de peligros obra con dolo, aunque le falte la voluntad realizadora del tipo. Los peligros de imprudencia, por su parte, son aquellos que no sólo el autor concreto, sino toda persona racional, en caso de conocer tales peligros, puede confiar válidamente en su no realización. En consecuencia, si el autor reconoce la aptitud escasamente peligrosa de su conducta, actúa con imprudencia aunque tenga una voluntad realizadora del tipo. ii.- Una derivación lógica de la asunción de las premisas precedentes es que la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor, más allá de la intención que tenga de alcanzar el resultado lesivo, aun cuando ella repercuta en el diseño de su plan.

En consecuencia, al analizar el tipo subjetivo de un delito, debe prestarse especial atención, en primer lugar, a la entidad del peligro típico creado por el sujeto. Así, un **peligro será de dolo** cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado; esto es, independientemente de la voluntad que el autor tenga de causarlo. Por el contrario, si al peligro le falta esa cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que la creación de este cause el resultado, estaremos frente a un peligro de imprudencia, aun cuando el autor haya actuado con la intención de ocasionar el resultado mediante ese comportamiento menos peligroso.

De este modo, la **imputación objetiva de la peligrosidad ex ante del comportamiento** es dogmáticamente independiente del juicio ex post sobre la realización del riesgo de ese resultado.

La magnitud del peligro en tanto razón relevante para la acción se efectúa siempre con arreglo a criterios normativos y no a criterios individuales.

En definitiva, lo decisivo es la estimación jurídica y no la estimación subjetiva del autor: si un peligro percibido no es para el autor relevante para la decisión, porque por indiferencia valora escasamente el bien o lo subestima por ignorancia jurídica, ello no impide imputarle un comportamiento doloso, si de una valoración jurídica se derivaría una razón relevante para la acción. La magnitud del peligro al que expuso a los pasajeros de ... Q. M. la noche del siniestro fue extremadamente alta. Este es captable con toda evidencia de tres elementos que considero fundamentales. En primer término, relativos a la valoración del comportamiento prohibido que provocara el siniestro.

En efecto, la ley de tránsito categoriza el adelantamiento en doble línea amarilla como una infracción gravísima. La razón de ser de este comportamiento y la máxima consideración que el conductor debe tener para con ella se fundamenta precisamente en que una vez realizada la maniobra prohibida, el peligro de colisión con otro vehículo no es despejable por la atención o la destreza. Por ello, el peligro creado por quien circula en infracción a normas que se consideran centrales en el tráfico vial por exponer al conductor

y a los terceros a graves accidentes es, de por sí, muy alto. No obstante, ello no basta para afirmar que existe un comportamiento doloso, nuevamente, debe estarse a todas las circunstancias que hacen que la posibilidad de despejar el peligro se reduzca al mínimo o, dado el caso, a cero.

En el caso de Q. M., son dos más los elementos que me llevan a la conclusión de que estamos ante un peligro de dolo. Al adelantamiento en doble línea amarilla debe adicionarse, por un lado, la alta velocidad a la que se desplazaba el rodado en zona de montaña (aproximadamente a 95 km/h). Una circunstancia que sin dudas influyó en la anulación de posibles cursos causales salvadores.

En relación con esto último, piénsese que circular a la velocidad precautoria, considerando el camino de montaña y el horario nocturno, bien podría haberle permitido a Q. M. regresar a su carril de circulación, o al chofer del camión disminuir la velocidad o, eventualmente, al chofer del ómnibus de Andimar practicar una maniobra evasiva más efectiva.

Esta **argumentación contrafáctica** únicamente pretende demostrar la fundamentación material de la (dis)valoración gradual que la ley de tránsito realiza de los diversos comportamientos efectuados por los conductores en el marco del riesgo prohibido es completamente razonable, en relación con los peligros creados para las personas y la reducción de la existencia de cursos causales salvadores o posibilidades de despejar el peligro. En consecuencia, el riesgo creado fue producto de un comportamiento que infringió dos reglas con una importancia central para la conducción en el tráfico rodado, lo que explica el resultado, el cual también es objetivamente imputable al acusado. Por último, no me parece menos trascendente la constatación de que el autor consumió estupefacientes momentos previos al siniestro.

De hecho, el efecto estimulante de la cocaína es una circunstancia distorsiva de las percepciones del agente que implica la pérdida de contacto con la realidad y, por ende, disminuyen más aún, la posibilidad de conjurar el peligro una vez conocido. Sin embargo, sobre este último dato volveré más adelante.

En suma, la calidad del peligro para la vida y la integridad física de las personas creado por el imputado la noche del 2 de febrero de 2018 no es sino de dolo. Ahora bien, si bien el peligro de dolo es una cuestión que se ubica inicialmente en el plano del tipo objetivo, ello no implica que aquí se defina todo, pues también es necesario para la imputación del dolo que el agente conozca el peligro creado, es decir, que conozca el tipo objetivo.

iii.a.- Sabido es que quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente. Este desconocimiento, como regla general, excluye el dolo y, dado el caso, deja subsistente la posibilidad de realizar un reproche por imprudencia. Por ello, el autor no sólo debe haber creado un peligro prototípicamente doloso por su alta probabilidad de provocar un daño en el nivel del tipo objetivo, sino que, además, debe conocerlo en el plano del tipo subjetivo.

En nuestro caso, el acusado conocía tanto que estaba realizando una maniobra de adelantamiento prohibido, como que lo hacía a una velocidad que por mucho excedía a los límites establecidos en la ley de tránsito.

Asimismo, también sabía en la etapa pre-ejecutiva que consumía estupefacientes y que estos podían relajar sus frenos inhibitorios. Asimismo, el cuadro anterior se agudiza si se piensa, por un lado, en las advertencias realizadas por los pasajeros para que disminuyera la velocidad, alertas que cancelan cualquier error en relación con este extremo del hecho.

Por otro lado, tampoco debe perderse de vista que el autor es un chofer profesional que se encontraba en una posición de garantía de especiales características en relación con la protección y salvaguarda de las personas que transportaba.

Para ello, el conductor había sido instruido y contaba con la experiencia derivada de la práctica habitual de la actividad y la realización reiterada del trayecto: un indicio más de que conocía la entidad del peligro creado. Q. M. reconoció la situación de riesgo objetivamente como tal, un peligro que puede calificarse como descubierto o no asegurado por su experiencia o su atención y, sin embargo, decidió realizar la maniobra prohibida. Puesto en términos gráficos, decidió jugar a la ruleta rusa.

En este juego, tras infringirse la barrera del riesgo jurídicamente protegido –esto es, por ejemplo, tras gatillarse el revólver– no existe ninguna posibilidad que el cuidado o la atención humana puedan ofrecer reserva de protección fáctica alguna. Del mismo modo, quien adelanta a un camión en doble línea amarilla a aproximadamente 95 km/h en una ruta de montaña, después de haber consumido cocaína, también realiza una apuesta.

iii.b.- Con todo, es indudable que el imputado no conocía todo el peligro. Coloquialmente: no sabía que después adelantar al camión se encontraría con otro ómnibus circulando en sentido contrario.

Desconocía así, que la maniobra tendría un trágico desenlace. Ahora bien, ¿desplaza esta circunstancia - verificada con base en la inmediata maniobra de evitación- el reproche hacia las figuras imprudentes? Sabido es que, como regla general, el desconocimiento cancela la posibilidad de una imputación dolosa. Sin embargo, existen hipótesis que ameritan un tratamiento particular.

Casos en los que el desconocimiento de las circunstancias de hecho es irracional, pues el agente no realiza un juicio de probabilidad objetiva de acuerdo con parámetros de orientación válidos para la generalidad. Este es el caso del chofer de ... pues, en cuanto creó un alto peligro de lesión para la vida de los pasajeros que transportaba y no se representó que objetivamente era muy probable que, al no contar con la visibilidad suficiente, la maniobra de adelantamiento prohibida lo enfrentara a un vehículo que se desplazaba en dirección contraria, desconoció irracionalmente un extremo central del supuesto de hecho. En el caso de autos nos encontramos frente a un comportamiento altamente peligroso que es producto de una tríada de infracciones a la ley de tránsito consideradas especialmente graves en relación con la probabilidad de producir menoscabos para la vida de las personas. Por ello, el desconocimiento del epílogo del hecho, conforme la información con la que contaba el chofer, era completamente irracional. Así, el juicio de probabilidad objetiva no puede tomar en cuenta el estado mental del que partió el autor para formular su propia hipótesis, en tanto ese estado mental fue objetivamente irracional conforme las circunstancias de hecho acreditadas durante el proceso, lo que implica considerarlo comunicativamente irrelevante.

Una vez creado el riesgo que hemos calificado como prototípicamente de dolo, el imputado no se orientó de acuerdo con parámetros válidos para la generalidad, pues nadie puede esperar que un adelantamiento con un ómnibus de pasajeros en doble línea amarilla a exceso de velocidad bajo los efectos de estupefacientes no sea interpretado como una estrategia idónea para la realización (eventual) del resultado típico. En pocas palabras, el desconocimiento irracional equivale a conocimiento.

Es que la racionalidad del desconocimiento se enjuicia normativamente conforme las circunstancias pertenecientes al supuesto del hecho (las tres infracciones llevadas a cabo por el acusado) y, caso por caso, según las características del autor (un chofer profesionalmente capacitado y previamente advertido en relación con la conducción peligrosa).

Pero no según su representación en tanto dato ontológico de naturaleza psíquica, sino con base en el haz de deberes que constituye la posición de garantía del agente. En suma, el desconocimiento que Q. M. tenía frente al peligro derivado de su comportamiento antinormativo no tiene una génesis irracional y, por ende, debe desecharse.

La hipótesis objetiva de probabilidad, en el caso sometido a decisión, se conforma solamente en función del dato objetivo de la conducción a elevada velocidad en un camino de montaña, un adelantamiento en doble línea amarilla, el consumo de estupefacientes y el no tomar en cuenta las advertencias de los pasajeros.

Ello conduce a una imputación dolosa. En definitiva, es la calidad del peligro la que decide la distinción entre dolo e imprudencia en el nivel del tipo objetivo. Pero ello no implica que esta calidad no deba ser conocida en el plano del tipo subjetivo para dar lugar a un reproche a título de dolo. Aún así, cuando ella no sea conocida, porque el agente se enfrenta a un peligro próximo y de gran entidad frente al cual no cuenta con ninguna reserva de protección que pueda poner en práctica, ese desconocimiento de la (eventual) realización típica habrá de considerarse irrelevante y, por ende, habilitará igualmente la posibilidad de realizar un reproche a título de dolo.

d.- Sobre la determinación de la pena

La actividad de determinación de la pena llevada a cabo por los magistrados intervinientes, a pesar de descansar sobre una correcta calificación de los hechos y hacer mención a la normativa internacional relevante en el tema, presenta una argumentación por momentos demasiado abstracta.

En efecto, si bien considera la **extensión del daño causado**, las motivaciones personales que llevaron al autor a delinquir, sus antecedentes penales y el perdón solicitado a las víctimas, deja sin respuesta dos cuestiones centrales en orden a motivar correctamente la magnitud de la pena a imponer.

Por un lado, si se tiene en cuenta que estamos ante un caso crítico, es decir, un supuesto de hecho que se encuentra en el límite entre el dolo y la imprudencia, la carga argumentativa que grava a los jueces sentenciantes al imponer la pena se agudiza.

Ello en tanto, es necesario dar precisas explicaciones de por qué se alejan del mínimo de ocho años de prisión, hasta alcanzar los catorce años de condena.

Una actividad argumentativa que ha sido omitida en la sentencia, pues no basta la consideración a la extensión del daño causado para determinar el alejamiento del mínimo, así como tampoco son suficientes las citas a doctrina y jurisprudencia para compensar este déficit.

Por otro lado, el tribunal de juicio también deja sin respuesta en el nivel de la individualización de la pena una cuestión que estimo podría repercutir en la culpabilidad y, por ende, en la necesidad preventiva de punición. Me refiero a la ausente ponderación de la maniobra de evitación segundos antes del siniestro, en relación con las imputaciones por homicidio y lesiones.

Desde luego, en este caso la disposición del autor a evitar el resultado en el momento en que se dio cuenta de la inminente colisión no cancela su injusto, pero sí podría repercutir en el nivel de culpabilidad. La especial actitud del acusado en el final del iter criminis, en una estricta aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, podría ser tenida en cuenta al momento de la determinación de la pena por aquellas lesiones que no consiguió impedir, pero que se esforzó por evitar. Una actividad jurisdiccional que no se advierte en la sentencia sometida a decisión y, por ello, amerita su anulación parcial.

En efecto, la infructuosa tentativa de evitación del resultado en relación con las víctimas fatales y heridas, consistente en la brusca maniobra de regreso del rodado a su carril de circulación, ciertamente podría influir en la culpabilidad –aunque no la elimina– por existir una menor necesidad preventivo-general de pena.

De este modo, considero que la sanción impuesta al acusado se encuentra inmotivada en relación con los extremos mencionados, los cuales, de ser incorporados a la actividad de individualización de la pena, podrían repercutir en el quantum de la misma, en tanto fundamento de la medida del castigo merecido.

e.- Conclusión

Desde ya, quien en una ruta de montaña conduce, bajo los efectos de estupefacientes, un transporte de pasajeros a exceso de velocidad y realiza una maniobra de adelantamiento prohibida que provoca un siniestro vial, acomete una acción peligrosa que debe ser refutada jurídico-penalmente. Sin embargo, el reproche a título de dolo únicamente será válido cuando se haya creado un peligro de gran magnitud y proximidad que sea conocido.

No obstante, en estos casos, cuando el autor no conozca una o varias circunstancias del supuesto de hecho en contra de parámetros de validez, su representación no será considerada a los fines de la determinación de la probabilidad objetiva de acaecimiento del resultado lesivo y, por ende, también dará lugar a un reproche por dolo, en tanto desconocimiento irracional.

La **magnitud y proximidad del peligro creado, como calidad prototípica de la acción**, se determina conforme datos empíricos que hacen a las circunstancias del supuesto de hecho y a la persona del autor. En el caso sometido a decisión, la magnitud y proximidad del peligro creado por el acusado y la irracionalidad de su desconocimiento en relación con la producción del resultado se derivan de la comprobación de la conducción bajo los efectos de los estupefacientes, el exceso de velocidad en una ruta de montaña y el adelantamiento en doble línea amarilla.

Todas infracciones gravísimas, a las que deben sumarse las advertencias para que disminuyera la velocidad del rodado.

En consecuencia, considero que corresponde confirmar el resolutivo de la sentencia en cuanto a la calificación legal de los hechos atribuidos en la presente causa a Q. M..

No obstante, la sentencia presenta un déficit de motivación en la determinación de la pena, lo cual amerita su **parcial anulación sólo en el aspecto referido a la sanción impuesta**. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1081/1082 por la defensa técnica de L. Q.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales del Dr. ... para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.

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

30- FLORES. 10-09-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcFlores.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis y 55 del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Concurso Real. No aceptación de medio de prueba. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dieciocho años de prisión** como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego dos hechos en concurso real (arts. 79, 41 bis y 55 del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: 1- No aceptación de un medio de prueba ofrecido (inspección ocular. reconstrucción del hecho e inspección judicial) 2-Crítica a la valoración de las declaraciones testimoniales.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Entiende que la defensa analiza ciertos indicios y medios de prueba en forma aislada y pone en duda la veracidad de testigos. Refiere que el a quo valoró los testimonios luego de apreciarlos y contando con los beneficios de la inmediación propia del debate y que en los fundamentos plasmó las razones por las que le otorgó credibilidad.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso casatorio promovido.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 370 (20-12-18), pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.*

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

(G.Q.)

Fallo.

CUIJ: 13-04740650-6/1((018602-18048)) F. C/ FLORES RAUL ORLANDO Y FLORES CORNEJO MARTIN LEONARDO P/ HOMICIDIO SIMPLE AGR. (18048) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104817975*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04740650-6, caratulada "F. C/ FLORES RAÚL ORLANDO Y FLORES CORNEJO MARTÍN LEONARDO S/CASACIÓN".

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

A fs. 1094/1101, la defensa oficial de Martín Leonardo Flores Cornejo, promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 370, obrante a fs. 1064 de fecha 20 de diciembre de 2.018, y sus fundamentos de fs. 1065/1070, en tanto condena al nombrado a la pena de dieciocho años de prisión como autor del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego dos hechos en concurso real (arts. 79, 41 bis y 55 del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial sala unipersonal a cargo del Dr. Marcelo Gutiérrez del Barrio en autos N° P-18.048/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso tuvo por acreditado que: «[e] l acta de procedimiento policial, la inspección ocular y las declaraciones testimoniales de Gisel Romina Siles, Arturo Gabriel Maiale, Luciana Ponce y Valeria Córdoba, resultan coincidentes en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho criminoso, lo que sumado al resultado de la necropsia obrante en autos, permite tener por acreditada su existencia material.

En efecto los testigos resultaron coincidentes en narrar de qué modo se desencadenó el hecho en virtud del cual las víctimas resultaron heridas mortalmente. A su vez, en el acta de procedimiento se dejó constancia del hallazgo de los cuerpos de Emiliano y Fernando Córdoba, como así también de las vainas servidas en el lugar del hecho. Finalmente, la necropsia practicada por intermedio del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico, termina por confirmar el acaecimiento fáctico del suceso criminoso. Efectivamente, los médicos concluyeron que la causa de muerte de Fernando Córdoba fue por laceración cardíaca por herida de proyectil de arma de fuego y en relación a Emiliano Córdoba fue por laceración cerebral causada por herida de proyectil de arma de fuego» (ver fs. 1066). Para así decidir el Tribunal valoró: las declaraciones testimoniales Luciana Ponce, Valeria Córdoba, Cecilia Reyes, Arturo Maiale, Gisel Romina Siles, Cristian Barrera, Luciana Maturno; Serafín Alberto Romero; Adrián Peralta y el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

La defensa oficial formula su pretensión recursiva a tenor del art. 474 inc. 2 del CPP. Sostiene que la resolución cuestionada pivota sobre un razonamiento que considera probado los extremos de la acusación. Sin embargo, a su criterio, tal pronunciamiento resulta arbitrario en el desarrollo de la actividad

crítica ya que prescinde de una prueba significativa que debió ser rendida en el proceso. Critica que no se hizo lugar al pedido de reconstrucción del hecho e inspección judicial que fue solicitada por el defensor técnico, no sólo en la audiencia preliminar, sino también durante la audiencia de debate, bajo reserva de recurrir en casación (invoca el audio de fecha 15 de noviembre de 2.018 a las 13:37 hs.).

Afirma que de haberse realizado la inspección ocular el pronunciamiento hubiese sido opuesto al que aquí se recurre. Considera que la motivación ilegítima es consecuencia directa del apartamiento indicado. Añade que se ha vulnerado el derecho constitucional a la prueba de su asistido.

En relación al material probatorio incorporado entiende que la prueba testimonial desplegó un papel fundamental en la decisión impugnada y que la labor de valoración no fue correctamente llevada a cabo. Refiere que de las testimoniales rendidas, las de Maiale y Siles son quienes refirieron haber presenciado los hechos cuya autoría se atribuye a su defendido. A su criterio el tribunal debió considerar los dichos de aquéllos con la reconstrucción del hecho e inspección judicial. Examina las manifestaciones de Arturo Maiale y de Gisel Siles y entiende que el primero de los testigos no puede afirmar con certeza que el imputado haya sido el autor de los disparos; y que Siles no estuvo en condiciones de observar los hechos investigados, además de que no declaró en las primeras instancias de la investigación e ingresó tardíamente al juicio, como también que se dudó de su percepción, por lo que a su criterio sus dichos son endeble. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1117/1118 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General.

Analiza los cuestionamientos formulados por el recurrente y señala que el recurso procede formalmente, sin embargo, desde el aspecto sustancial, no debiera ser acogido.

Entiende que la defensa analiza ciertos indicios y medios de prueba en forma aislada y pone en duda la veracidad de los testigos Maiale y Siles. Refiere que el a quo valoró los testimonios luego de apreciarlos y contando con los beneficios de la inmediación propia del debate y que en los fundamentos plasmó las razones por las que le otorgó credibilidad.

Refiere que los testimonios señalados fueron analizados en la sentencia contemplando las similitudes y coincidencias en los aspectos esenciales.

Recomienda el rechazo de los agravios y señala que la sentencia se encuentra motivada y no se aprecian los agravios promovidos.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Examinado el recurso de casación promovido y la sentencia puesta en crisis, adelanto mi opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de los nombrados por cuanto no se advierten en la resolución cuestionada los vicios señalados. Paso a explicarlo.

De forma preliminar he de señalar que la censura casatoria presentada resulta admisible en su aspecto formal toda vez que ha sido promovida por quien presenta legitimación para hacerlo, contra una sentencia expresamente declarada impugnada, a tenor de lo establecido por los arts. 475 y 478 inc. 1 del CPP. Establecido ello conviene señalar que el eje de la crítica del recurrente gira en torno a dos aspectos. Por un lado el cuestionamiento relativo a la **no aceptación del medio de prueba** ofrecido por la defensa vinculado a la realización de una inspección ocular. Por el otro critica la **valoración de las declaraciones testimoniales**.

Entiendo que en ambos casos el objeto de las críticas pasa por cuestionar la autoría de Martín Flores en el hecho atribuido. En primer lugar y, en relación a la medida de prueba reclamada por el defensor técnico, advierto que su propuesta se produjo al momento del ofrecimiento de prueba.

Efectivamente a fs. 998 vta. señaló que para el caso de versiones contradictorias de las testigos Luciana Maturano y Gisel Siles dejaba ofrecida como pruebas la inspección ocular del lugar y reconstrucción judicial de los hechos. Así, al momento de llevarse a cabo audiencia preliminar (ver fs. 999 y vta.) en relación a tal ofrecimiento se tuvo presente para su oportunidad, en tanto resultara pertinente y útil.

Luego, durante el curso del debate en la audiencia de fecha 15 de noviembre de 2.018 (ver a partir del minuto 47) al momento de incorporar la prueba el defensor volvió a ofrecer inspección ocular en el lugar del hecho. Fundó su pedido en que, conforme surgía de la testimonial de Siles, por las características del lugar y el vehículo estacionado, no pudo haber presenciado lo que dijo haber observado. Refirió que la testigo apareció después de siete meses y no parecía ser una testigo espontánea.

El juez resolvió, a mi criterio acertadamente, (a partir del minuto 49:22) que con el acta de procedimiento, el resto de la prueba instrumental y las declaraciones de los testigos, la inspección ocular reclamada por el defensor no resultaba a esas alturas del proceso útil, por cuanto había transcurrido ya más de un año y medio. Señaló que el acta de procedimiento de fs. 29/30 se llevó a cabo en febrero de 2.017 y en ese momento se confeccionó el croquis de fs. 31.

Agregó que al momento del debate carecía de sentido constituirse en el lugar del hecho, por lo que se desestimó la realización de la inspección ocular solicitada. En el escrito recursivo la defensa entiende que de la realización de la inspección ocular se hubiese llegado a un pronunciamiento diferente, ya que los testigos Maiale y Siles, que conforme el punto de vista de su lugar de ubicación no hubieran podido presenciar el hecho.

Que tal negativa vulneró el derecho de su asistido de producir prueba. No comparto las apreciaciones de la recurrente en razón de los motivos que a continuación paso a exponer.

En primer lugar acierta el a quo al señalar que a poco de acontecido el hecho, personal policial a bordo del móvil 2979 -Oficial Ayte. Francisco Romero y Auxiliar Pablo Díaz concurrió al lugar y brindó una descripción de éste último en el acta de procedimiento, para lo que señaló la presencia en la vereda de un automóvil marca Peugeot 505 color blanco dominio SCS 948 (ver fs. 30).

También en cuanto a que a fs. 31 glosa el croquis aproximado que da cuenta de la presencia del vehículo. Considero que la pretensión de la defensa radica en desvirtuar la posibilidad de que los testigos hayan podido presenciar el hecho a raíz de la interposición del vehículo detallado.

Al respecto entiendo que la única testigo que admitió haber presenciado el hecho fue Gisel Romina Siles, en tanto que los otros testigos sólo estuvieron en condiciones de apreciar lo ocurrido luego de efectuados los disparos que terminaron con la vida de Fernando y Emiliano Córdoba. Así es que la posibilidad de que el vehículo detallado obstaculizara la visión de los testigos es sólo en relación a Gisel Romina Siles.

A mi modo de ver, tal posibilidad ha sido bien descartada en atención a las manifestaciones prestadas por la testigo. Advierto también que entre los vicios denunciados por la recurrente se encuentra la equivocada valoración de las testimoniales que, a su modo de ver, no logran otorgar certeza en relación al hecho investigado y su autoría. Entre esas declaraciones cuya ponderación se objeta se encuentra la de Gisel Romina Siles.

Como anticipé no comparto la queja formulada al respecto, por cuanto entiendo que esas declaraciones y el resto de los elementos de prueba fueron adecuadamente ponderados respetando los principios de la

sana crítica racional, la lógica, la experiencia y la psicología, vinculando los distintos elementos convictivos entre sí.

Concretamente, y en relación a los dichos de Gisel Romina Siles, concuerdo con el sentenciante en relación al valor a sus dichos otorgados calificando su versión como «contundente, precisa, sincera, sin apariencias de ganancialidad ni razones para dudar de su contenido» (ver fs. 1066 vta.).

Ahora bien, analizado el testimonio de Siles no encuentro motivos para descreer de sus dichos. En efecto, del examen de las particularidades y circunstancias en que prestó su declaración, coincido con el sentenciante, puesto que de la reproducción del audio y video de la audiencia es posible advertir el nerviosismo de la testigo, mas no visos de mendacidad, no surgiendo elementos que permitan suponer que aquella ha pretendido desfigurar u ocultar la verdad.

En cuanto al contenido de la declaración de Gisel Romina Siles, entiendo que su relato ha sido coherente y ha brindado detalles relativos a las circunstancias de tiempo y lugar de los hechos que estuvo en condiciones de apreciar, manteniendo los dichos vertidos en la investigación penal preparatoria.

Por otra parte sus manifestaciones se compadecen con el resto de los elementos probatorios con los cuales se puede confrontar.

Así fue que refirió el vehículo, que a criterio de la defensa obstaculizaba su visión, afirmando que no obstante la presencia del automotor pudo ver lo que sucedía (ver fs. 803). A su vez, en el debate reafirmó sus dichos señalando que Martín (Flores) le disparó a Fernando Córdoba (minuto 1:15:01 del registro audiovisual de la audiencia del día 17/10/18).

Señaló específicamente la remera que se sacó y con la que envolvió el arma (minuto 1:18:03), en forma coincidente con los dichos de Arturo Maiale y enfáticamente indicó que vio «cuando Martín saca el arma y empieza a disparar» (minuto 1:19:30 del registro audiovisual).

En relación al demérito que pretende asignarle la recurrente a la declaración advierto que en ocasión de prestar testimonial durante el debate el entonces defensor del imputado estuvo en condiciones de cuestionar las afirmaciones de la testigo, no obstante ello no lo hizo, ni formuló preguntas en torno al obstaculo en la visión que habría importado el automóvil estacionado.

De tal manera es que encuentro que las manifestaciones de Romina Gisel Siles resultan consistentes y el valor probatorio positivo asignado es correcto, encontrando por otra parte que sus dichos encuentran apoyo en las declaraciones de otros testigos.

Así la versión encuentra abono en los dichos de Arturo Maiale y también en los de Luciana Ponce, Valeria Córdoba y Cristian Barrera, quienes abonan la versión de Siles y, todos valorados conjuntamente, logran otorgar certeza en relación al hecho atribuido a Martín Flores.

Por otro lado concuerdo con el Procurador General en cuanto a que los elementos de prueba, entre ellos las testimoniales antes señaladas han sido bien valoradas e interpretadas, relacionando unas con otras y también con elementos convictivos tales como la necropsia y las conclusiones que de ellas se obtuvieron; entre ellas la escasa distancia entre el autor del hecho y las víctimas, evento que también concuerda con los dichos de Siles.

Por lo expuesto y de opinión concordante del Procurador General, corresponde rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

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

SENTENCIA :

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs.1094/1101 por el defensor técnico de Martín Leonardo Flores Cornejo.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

31- CARRIZO. 10-09-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FyQcCarrizo.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis y 45 del CP; 416 inc. 2°, 411 inc. 3°, 474 del CPP.

Vox: Homicidio simple. Arma de fuego. Nulidad. Interés legítimo. Interpretación restrictiva. Perjuicio irreparable.

Summa:

El **TPC** condenó a Cristian Daniel Carrizo a la pena de **doce años de prisión** por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de coautor (arts. 79, 41 bis y 45 del Código Penal). La **defensa** interpone recurso de casación (474 inc. 2° del CPP). Plantea la nulidad de la sentencia cuestionada por violación del art. 416 inc. 2, 411 inc. 3 del CPP, toda vez que ha atribuido a su defendido hechos y circunstancias que no se pudieron acreditar atento la fecha del supuesto hecho.

El **Procurador General** entiende que el recurso no resulta sustancialmente procedente por lo que entiende que debe confirmarse la validez de la sentencia.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación promovido por el defensor técnico de Cristian Daniel Carrizo Arancibia por cuanto no se verifican los vicios denunciados por el recurrente. Ello atento a que de la lectura integral del acto sentencial surge que tanto la fecha del homicidio de la víctima, como la del suceso antecedente que desencadenó la actuación del imputado se encuentran clara y concretamente señaladas.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 567, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Acosta. 04-05-2000

Parágrafos destacados

“A mayor abundamiento este Tribunal ha dicho en otras oportunidades en términos que resultan completamente aplicables «que la nulidad no es un fin en sí misma, sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes”.

“Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de **interpretación restrictiva** y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o **interés legítimo lesionado**, de modo que cause un **perjuicio irreparable** (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404)»

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

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-04791076-9/1((018601-43349)) QUERELLANTE Y FISCAL C/ CARRIZO CRISTIAN DANIEL P/ HOMICIDIO SIMPLE (43349) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104870388*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04791076-9 caratulada “F. C/CARRIZO CRISTIAN DANIEL S/CASACIÓN” De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 461/470, la defensa de Cristian Daniel Carrizo Arancibia, promueve recurso de casación contra la Sentencia N° 567, de fecha 1 de abril de 2.019, obrante a fs. 394 y vta. y sus fundamentos de fs. 405/453, en tanto condena al nombrado a la pena de doce años de prisión por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego en calidad de coautor (arts. 79, 41 bis y 45 del Código Penal). El pronunciamiento fue dictado por el Dr. Víctor Comeglio miembro del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en autos N° P 43.349/18. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso establece que «[...] el día 27 de septiembre de 2.018, alrededor de las 13 horas, el aquí juzgado Cristian Daniel Carrizo Arancibia, su esposa Jeanet Estefanía Guidoli y todos sus hijos, abandonaron su residencia sita en calle Valdivieso 10085, Puente de Hierro, Guaymallén, Mendoza para participar del bautismo de un hermano de la dama y cuando regresan alrededor de las 19,30 horas de ese mismo día advierten que habían sido víctimas de un robo, en el cual personas desconocidas [...] ingresaron al interior de la vivienda y sustrajeron una serie de elementos de valor [...]» «De inmediato la señora Guidoli dio aviso vía telefónica al personal policial de la Comisaría 58 del robo sufrido, haciéndose presente en el lugar una comisión policial, que para el suscripto no resulta certeramente identificable, producto de la marcada desidia con que el personal policial que se hizo presente, cumplió sus obligaciones funcionales, tema que es totalmente ajeno a esta decisión, pero que para comprobarlo basta con leer las actuaciones que lo contienen» «Lo que sí está claramente comprobado en esas actuaciones, es que ese mismo día, alrededor de las 21.30 horas la señora Guidoli se comunica vía telefónica con su vecina Amalia Evelina Mendoza y le comenta el despojo que habían sufrido, confirmándole ésta que ella no había visto nada sospechoso en las horas previas a la consulta, pero cerca de la medianoche la misma señora Mendoza la llama y le comunica a Guidoli, que una cuñada suya, la señora Silvia Lorena Virdiano a la que ella le comentó lo sucedido, hizo averiguaciones por las redes entre las personas que concurren a la Iglesia Evangélica “El Dios de Israel” y que algunos de ellos le hicieron saber que habían visto a “un muchacho de apellido Videla llevando un televisor plano envuelto en una frazada durante la tarde del día 27 de mayo de 2.018”, persona a la que la señora Mendoza conocía con absoluta seguridad, pues está acreditado que sabía que se llama Juan Cruz Videla y que debe tener aproximadamente 18 años de edad, ya que era compañero de colegio de un hijo suyo de esa edad, comentándole además a la señora Guidoli que ese sospechoso ocupaba una vivienda precaria sobre calle

Severo del Castillo, entre callejón Valdivieso y 9 de Julio, casi enfrente del frigorífico María del Carmen, reseña probatoria que demuestra de manera categórica que tanto Carrizo como su esposa, a la medianoche de ese mismo día que sufren el robo, tenían información fidedigna que uno de los sospechosos que había identificado la gente como autor del robo era Juan Cruz Videla, que tenía 18 años de edad y que vivía sobre calle Severo del Castillo» «Si bien es cierto que el personal de Científica que según la señora Guidoli, los sabuesos policiales que la visitaron le habían informado que iban a concurrir esa noche a su domicilio para realizar tareas de su competencia, no lo hicieron hasta las 2 de la madrugada del día siguiente, sumando un nuevo desatino de funcionarios del Estado vinculados con la seguridad ciudadano y dado lo avanzado de la hora, la misma señora Guidoli confirmó en la audiencia que ella desistió de esa presencia del personal policial técnico, asegurando además que esa noche estuvo con ellos, incluso pernoctó en su domicilio para acompañarlos porque tenían miedo, su hermano, el joven Alejandro Exequiel Guidoli, nacido el 9 de julio de 1995, es decir que la fecha de los hechos tenía 23 años y quien en la causa está acusado de ser la persona que a su pedido acompañó a Carrizo cuando decidió ir por su cuenta a recuperar las cosas, e incluso está acreditado que fue el joven Guidoli autor material del disparo que cegó la vida de Luis Moreno, manteniéndose hoy prófugo, con captura nacional e internacional y sobre quien su propia hermana nos ilustró que aún siendo menor de edad, ya estuvo encausado por temas vinculados con el manejo de armas de fuego e incluso estuvo internado en el Cose por esas conductas» «Acredita también el plexo probatorio valorado, que en la mañana siguiente según las palabras de la señora Guidoli en la audiencia, aproximadamente a las 9 horas, su marido encuentra en algún lugar de su domicilio, tema sobre el cual el señor Carrizo jamás acercó detalles de ese descubrimiento, precisamente el documento de identidad de quien desde la medianoche anterior, todos los habitantes de ese domicilio estaban informados que era el principal sospechoso del robo, el señor Juan Cruz Videla, documento que cuando se lo examina, se comprueba que lleva el número 44.986.131 y que certifica que su titular es nacido en el mes de enero de 2001 y que su domicilio real no era en calle Severo del Castillo como los había anoticiado la señora Mendoza, sino en Manzana D, casa 20 del Barrio San Vicente 6, Puente de Hierro, Guaymallén, Mendoza, primera comprobación que a mi juicio derrumba la coartada defensiva fáctico jurídica que han tratado de introducir en la causa y la mantuvieron en el debate los prestigiados curiales a cargo de la defensa técnica de Carrizo, pretendiendo recrear con los testimonios de la señora Guidoli y de los dos testigos nuevos que fueron escuchados en la audiencia, los señores Bairac, que las conductas desplegadas por Cristian Daniel Carrizo y Alejandro Guidoli en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que fija la plataforma fáctica por la que se los acusa, son conductas individuales y desconectadas entre si y que cada uno debe responder por los hechos que generó, reclamando que el tribunal acepte que la actuación de cada uno como acciones independientes y totalmente desconectadas entre sí, recurriendo para ello a un análisis atomizado de la prueba, pretendiendo mediante una interpretación absolutamente naturalista del instituto de la autoría y de la participación, que se homologue que Carrizo es absolutamente ajeno y por ende totalmente inocente de la muerte del joven Luis Moreno, tal como lo dejaron solicitado» «Desconocen a mi juicio en ese análisis que la prueba indica de manera categórica, incluso lo reconoce aunque de un modo subliminar la propia esposa de Carrizo en su relato en la audiencia, que en la mañana siguiente y tras haber encontrado Carrizo el documento de identidad del presunto autor del robo, éste decide pedirle a su cuñado prófugo Alejandro Guidoli que lo acompañara en el automóvil “Dodge” modelo 1500, placa dominio VOA-221 de su propiedad, vehículo que se destacaba y resultaba llamativo a los ojos de terceros por su especial estado de conservación, ya que estaba siendo sometido a tareas de reparación de su chapería y por ende algunas de sus partes lucían

las características típicas de este tipo de reparaciones y ambos se dirigen, no a la Comisaría de Corralitos para entrevistar al comisario y pedirle que solicitara una orden de allanamiento como se pretendió justificar por vía de las palabras de la señora Guidoli [...] se encaminan directamente al domicilio que figuraba en el documento que había encontrado Carrizo momentos antes, es decir a la Manzana D, casa 20 en el Barrio San Vicente 6 de Puente de Hierro (así lo reconocen el propio Carrizo y su esposa cuando se presentan por primera vez ante los funcionarios policiales) y cuando van acercándose a ese domicilio, imprevistamente se encuentran que en la calle, frente a la vivienda identificada con el N° 23, es decir tres casas antes de llegar al domicilio al que se dirigían, habían tres personas reunidas, las que posteriormente fueron identificadas como Luis Moreno, Diego Videla y Héctor Eusebio Peleytay y como Diego Videla que es hermano del sospechado cuyo documento de identidad tenía Carrizo en su poder [...] es allí cuando al advertir la presencia de Diego Videla entre los integrantes de ese trío, Cristian Daniel Carrizo que conducía su automóvil, decide frenar bruscamente y cruzarse de andarivel para reclamarle a Diego Videla la devolución de sus cosas que sospechaba que le había sustraído el hermano Juan Cruz Videla, pero dado lo imprevisto de esas apariciones y pese al frenado, no logra impedir embestir a Luis Moreno que junto con los otros dos estaban sobre la calzada sur de la calle dando la espalda hacia el cardinal donde se desplazaba el rodado, golpeándolo a la altura de sus rodillas y haciéndole caer de bruces al piso, mientras que Héctor Eusebio Peleytay que estaba a su lado, logra a tiempo hacer una maniobra evasiva del impacto y consigue que el auto sólo lo roce, mientras que Diego Videla que estaba en el extremo de la calle, casi junto al puente sale indemne de esa embestida y sin pérdida de tiempo tanto Carrizo que conducía como Alejandro Guidoli que ocupaba el asiento del acompañante desciende al mismo tiempo del rodado, cada uno por la puerta de su costado y en el preciso momento que Carrizo le pide a Guidoli que le alcance el arma, se dirige a viva voz a Diego Videla y le exige la devolución de las cosas que le habían robado, momento que Guidoli que tenía en sus manos el arma dispara contra Moreno que se venía levantando y lo impacta a la altura de la espalda, disparo que producto de las lesiones internas que provocó (perforación de pulmones y aorta) fue la causa directa de su muerte muy pocos minutos después».

Para así decidir la jueza valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: Luis Bairac, Juan Antonio Bairac; Janet Guidoli; Oficial AYTE. Andrés Pedernera; Auxiliar Vanesa Morgante; Héctor Peleytay; Enzo Pelaytay; Nadia Pérez; como también el resto de la prueba legalmente incorporada.

II.- Recurso de casación

A fs. 461/470 se encuentra agregado el recurso de casación promovido por el defensor del imputado a tenor de las previsiones del art. 474 del CPP.

Plantea la nulidad de la sentencia cuestionada por violación del art. 416 inc. 2, 411 inc. 3 del CPP, toda vez que en el punto X de aquella se han atribuido a su defendido hechos y circunstancias que no se pudieron acreditar atento la fecha del supuesto hecho.

Explica que se estiman probados hechos ocurridos el 27 de septiembre de 2018, fecha en la que su asistido se encontraba privado de su estado de libertad y por ello imposibilitado de cometer el hecho.

Promueve vicios in procedendo y sostiene que la sentencia presenta errática valoración de las pruebas rendidas en autos, apartamiento infundado de las circunstancias que se tuvieron probadas en la misma resolución, apartamiento de las constancias de autos en especial las pericias rendidas en autos, en relación a la realizada a la denunciante como también la llevada a cabo sobre la persona del imputado. Considera que el sentenciante llegó a una conclusión propia y personal que no se asemeja a la que surge de las pruebas rendidas en autos, contrariando los postulados de la sana crítica racional y en contradicción con los principios de la lógica, la psicología, la experiencia común y los principios científicos que la

gobiernan, como también en contradicción con los principios in dubio pro reo y el principio de inocencia a favor del imputado.

Refiere que el principal motivo de impugnación es la errática valoración de los testimonios rendidos ya que el a quo le otorga un valor distinto al relatado en audiencia y llega a conclusiones que no se condicen con lo expuesto. Entiende el recurrente que la hipótesis acusatoria no guarda relación con la testimonial del único y exclusivo testigo de esta causa, Héctor Eusebio Peleytay (alias "El Pirincho") de la que se desprende ampliamente la falta de conocimiento de Carrizo del arma, como también la inexistencia de un plan previo.

Cuestiona que la valoración de la declaración de Peleytay sin haber objetado las contradicciones en que éste incurrió ya que a fs. 9/10 había dicho que quien manejaba le pidió el arma al acompañante, en tanto que en el debate dijo no recordar diálogo entre ellos. Detalla contradicciones en el relato de Peleytay.

Afirma que de la declaración de Peleytay en audiencia de debate no es posible tener por acreditado que los hechos ocurrieron como señala la sentencia. Cuestiona la valoración efectuada por el a quo de la declaración testimonial por Janet Guidoli.

Critica el descrédito otorgado por el sentenciante a los dichos de aquella. Entiende que Nadya Libertad Pérez cisterna al declarar falseó datos de la realidad y cuestiona la interpretación otorgada a las manifestaciones de los testigos Bairac.

En relación a éstos últimos entiende que se les ha dado un valor distinto al real efectivamente prestado ya que aportaron datos precisos respecto a circunstancias del hecho. Agrega que el a quo no tuvo en cuenta circunstancias mencionadas por los testigos y detalla circunstancias que a su criterio tienen relevancia (ver fs. 468).

Critica la valoración de la declaración de la Oficial de Policía Morgante que a su criterio resulta prueba de descargo. Formula vicios in iudicando y sostiene que procede la absolución de su defendido.

Entiende violentados los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional ya que se ha recreado la tipicidad de una relación causal indeterminada, se ha violado el principio de razón suficiente y se ha aplicado una pena que viola los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen de la Procuración General

A fs. 491/492 se expide el Fiscal Adjunto Civil de Procuración General quien luego de examinar los agravios formulados considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente por lo que entiende que debe confirmarse la validez de la sentencia.

En relación al planteo nulificador derivado de la fecha consignada en el punto X de los fundamentos de la sentencia entiende que se trata de un error material sin significancia alguna ya que de una correcta lectura de todo el texto se desprende que se hacía referencia al día 27 de mayo de 2.018, día anterior al del hecho aquí investigado.

Respecto a los vicios de procedimiento esgrimidos considera que la defensa hace hincapié en la versión de descargo pretendiendo se le otorgue preeminencia. Refiere que tal pretensión trasluce la discrepancia de la defensa en el legítimo ejercicio de su ministerio en relación a la valoración efectuada por el Tribunal. Considera también que la prueba testimonial fue minuciosamente valorada por el en el marco de todo el plexo probatorio.

Así calificó las declaraciones de Héctor Peleytay, Janet Guidoli, y en base a la correcta valoración de los elementos de prueba se descartó la coartada del imputado. Aconseja el rechazo del recurso casatorio por cuanto estima que no se verifican los vicios de procedimiento formulados en tanto que considera que los

vicios sustantivos no fueron desarrollados y parten de una modificación de la plataforma fáctica, situación que conlleva el rechazo de tal agravio.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del imputado y el acto sentencial impugnado, adelanto mi opinión en el sentido de que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto no se verifican los vicios denunciados por el recurrente.

En relación al planteo nulificadorio de la sentencia por infracción de las disposiciones de los arts. 411 inc. 3 y 416 inc. 2 del CPP, tal como anticipé entiendo que no puede prosperar.

El yerro sindicado a la resolución, consistente en incluir en el punto X del acto sentencial una fecha -27 de septiembre de 2.018- en la que no se desarrollaron los hechos allí descriptos no tiene la trascendencia que se le asigna como para acarrear su nulidad.

En primer lugar advierto que la fecha así consignada (fs. 425) no se refiere a aquella en que el hecho aquí investigado ocurrió, sino que hace mención a lo sucedido en la vivienda del ahora imputado el día anterior. De manera tal que la fecha erróneamente señalada en la sentencia no resulta específicamente aquella referida al hecho en que ocurrió el homicidio que en grado de coautoría se le atribuye a Cristian Daniel Carrizo.

En segundo lugar de la lectura integral del acto sentencial surge que tanto la fecha del homicidio de Luis Moreno, como la del suceso antecedente que desencadenó la actuación del imputado se encuentran clara y concretamente señaladas. Así a fs. 429 vta. en que se da cuenta que el 27 de mayo de 2.018 mantuvieron conversación telefónica Janet Guidoli y Amalia Mendoza; y fs. 430 vta. específicamente se expresa que es en la mañana del día 28 de mayo de 2.018 en que el «tramo principal de la investigación que aquí interesa analizar comienza a desarrollarse». En tercer lugar las fechas del hecho precedente -robo en la vivienda de Carrizo- y del homicidio de Luis Moreno surgen con precisión de todas las constancias de la causa, a modo ejemplificativo véanse notitia criminis de fs. 1, acta de procedimiento de fs. 11, como también avoque de fs. 17/18, orden de detención de fs. 19/21, de manera que tal que la mención del día 27 de septiembre de 2.018 no resulta relevante ni esencial a los fines de determinar precisa y circunstanciadamente el hecho acreditado. Por último, como sugiere el recurrente resultaría un absurdo afirmar que en la sentencia se investigan hechos ocurridos cuatro meses después de que ocurrió el homicidio de Luis Moreno cuando el imputado ya se encontraba detenido en esta causa. De todo lo señalado se desprende que el error cometido no ostenta significación tal que conlleve a un estado de indefensión del imputado ni importa variación de circunstancias esenciales que impliquen una modificación de los hechos atribuidos a Cristian Carrizo que amerite la declaración de nulidad del acto sentencial, máxime cuando de la misma resolución, de las constancias de la causa y de la lógica es posible deducir sin mayor esfuerzo que la fecha así consignada es errónea y que debió decir 27 de mayo de 2.018, en lugar de 27 de septiembre de 2.018. Por los motivos expuestos corresponde rechazar el pedido de nulidad formulado por este motivo puesto que en coincidencia con lo señalado por el Fiscal adjunto de la Procuración General se estima que el error en que se incurrió no resta mérito a los fundamentos dados por la sentencia y sin mayor esfuerzo es posible señalar que la fecha a la que se refirió es el 27 de mayo de 2.018, día anterior al del homicidio de Luis Moreno. A mayor abundamiento este Tribunal ha dicho en otras oportunidades en términos que resultan completamente aplicables «que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.

Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (**entre otros, in re “Acosta”,** A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404)» (Expte. 13-03769488-0/1). Así en el caso traído a más de lo expuesto, el recurrente no ha puesto de manifiesto el concreto perjuicio que acarrearía a su defendido el yerro en la fecha mencionada. Por los motivos señalados es que el planteo de nulidad formulado debe ser rechazado. En relación a los vicios formales promovidos por el recurrente, concuerdo con el Fiscal Adjunto en que el eje de los cuestionamientos formulados por el recurrente se centran la intención de que la versión defensiva prevalezca sobre la hipótesis acusatoria en razón de la diversa interpretación de los elementos convictivos. Como anticipé tal pretensión no puede prosperar, contrariamente a lo que sostiene el recurrente entiendo que la ponderación de los medios de prueba se ha llevado a cabo adecuadamente respetando los principios de la sana crítica racional, la lógica, la psicología y la experiencia, detallando los elementos de convicción, el valor otorgado a ellos y cotejando unos con otros de manera de tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

En efecto la sentencia no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre. Cuestiona el recurrente el mérito asignado por el sentenciante a las declaraciones testimoniales pretendiendo restar crédito a los dichos que resultan de cargo para su defendido y asignar un valor positivo a aquellas manifestaciones que abonarían la versión de la defensa. Contrariamente a la pretensión del recurrente entiendo que acertadamente el a quo calificó la testimonial de Héctor Peleytay como objetivo, veraz, auténtico (fs. 434) y, entiendo que de sus dichos es posible extraer que Carrizo tenía conocimiento de la presencia del arma de fuego con la que se efectuó el disparo que acabó con la vida de Luis Moreno. No acierta el recurrente en su crítica, contrariamente a lo que afirma, el testigo Héctor Peleytay, alias «El Pirincho» reiteró la versión expuesta a fs. 9/10 al señalar que el acompañante solicitó a Carrizo que le pasase el arma. Ello se desprende de la lectura de los fundamentos de la sentencia (ver fs. 416 vta.) y se corrobora mediante la reproducción del registro audiovisual del debate de fecha 29 de marzo de 2.019, minutos 04:21 y 16:36 del mismo audio. Entiendo que esa frase alusiva al arma de fuego que Guidoli pidió a Carrizo desbarata la estrategia de la defensa relativa al desconocimiento de su defendido del arma en poder de Guidoli. Asimismo entiendo que la valoración de las manifestaciones de Janet Guidoli fue adecuada y que al declarar ésta intentó mejorar la situación de Cristian Carrizo e incurrió en contradicciones detalladas por el sentenciante en la resolución criticada, circunstancias éstas que valieron el demérito por parte del a quo. Tampoco le asiste razón al recurrente en relación a la crítica que efectúa respecto a la ponderación de las testimoniales de Nadya Pérez, Luis Bairac y Juan Bairac, puesto que como se señaló tal labor se llevó a cabo por parte del juez vinculando las distintas declaraciones entre sí y con el resto de los medios de prueba. Por las consideraciones expuestas, entiendo que el recurso planteado por la defensa técnica, resulta ineficaz para privar de eficacia al fundado acto sentencial, toda vez que la prueba que asegura ha sido mal valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución y se

reduce a un mero desacuerdo de la parte defensora con la solución a la que arriba el tribunal. Por los motivos expuestos considero que corresponde el rechazo de los vicios formales promovidos por cuanto como señalé no se verifican en el acto sentencial impugnado. Tampoco procede el vicio sustantivo promovido, por dos razones. Por una parte, concuerdo con el Fiscal adjunto respecto a su falta de desarrollo. Por otra, entiendo que el vicio así denominado por el recurrente no resulta más que la pretensión de aquel de lograr la absolución de su defendido luego de una modificación en la hipótesis fáctica producto de una diversa valoración de los elementos de prueba. En relación a la invocación de un vicio que importe una errónea aplicación de la ley sustantiva se ha señalado que no es posible alegarlo si para hacerlo debe modificarse la plataforma fáctica, circunstancia que se verifica en autos, ello así puesto que resulta de la esencia misma del control que de tal motivo casatorio se sigue, toda vez que se procura analizar el vicio de derecho que se atribuye a la resolución objetada. Tal error radica sobre una interpretación jurídica sin que se pueda evaluar ni alterar el hecho alcanzado por esa interpretación. Por ello es que tampoco es posible acoger el vicio sustantivo promovido y, por ello y opinión concordante del Fiscal adjunto, corresponde rechazar el recurso casatorio promovido y confirmar la sentencia puesta en crisis. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 461/470 por el defensor técnico de Cristian Daniel Carrizo Arancibia.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

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

32- VAL. 04-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	489

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcVal.pdf

Lex: Art. 84 del CP. Art. 106, 449, 474, 475, 477, 474, 489, 490 del CPP. Art. 16 CN. Arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH. Art. 14 del PIDCyP

Vox: Homicidio culposo. Querellante particular. Impugnabilidad subjetiva. Constitucionalidad del art. 477 del CPP.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** condenó a Marcelo Adolfo Val Cáceres a la pena de **dos años de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial** para conducir todo tipo de vehículos por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo calificado (art. 84 del CP).

La **querella particular** interpone recursos de inconstitucionalidad y de casación contra la resolución dictada. De modo preliminar, impugna el art. 477 del CPP por considerarlo inconstitucional. Entiende que dicha norma viola el derecho de igualdad previsto en el art. 16 de la CN, en tanto que limita las posibilidades recursivas del querellante particular sólo a las sentencias de sobreseimiento y las sentencias absolutorias.

El **Procurador General** entiende que la presentación recursiva del querellante particular debe ser rechazada formalmente. Respecto de la inconstitucionalidad del art. 477 del CPP, considera no tiene sustento. Con relación al recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia afirma que, en virtud del principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP, cuya remisión ordena el art. 489 del CPP, la resolución cuestionada no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición de dicho remedio procesal. Respecto del recurso de casación, entiende que debe seguirse el mismo razonamiento.

La **SCJM** resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 477 del CPP y, en consecuencia, rechazar formalmente el recurso de casación presentado por la querella particular. Asimismo, rechazar sustancialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por la parte recurrente.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4806, pronunciada por el Juzgado Correccional N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Juárez.10-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

“Según el Código Procesal penal quien tiene el monopolio persecutorio es el órgano oficial y la víctima constituida en querellante sólo podrá intervenir en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, lo que quiere decir que la intervención del particular damnificado es coadyuvante a esa actividad esencialmente pública. Por lo tanto, la intervención del querellante en el proceso resulta limitada y, consecuentemente, sus facultades recursivas también lo son.”

- Gil Herrera. 24-04-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

“Si bien el art. 477 del CPP no prevé expresamente la posibilidad de que el querellante particular recurra por la vía casatoria las **sentencias condenatorias**, se debe entender favorablemente la intervención no vinculante del querellante particular en el proceso de juicio abreviado inicial como forma de satisfacer el derecho de toda persona que resulte potencial afectada por un suceso con significado jurídico penal a intervenir en el proceso que se suscite.”

“El hecho de que el querellante no tenga expresamente un recurso previsto para acceder a esta instancia contra la homologación judicial del acuerdo **de juicio abreviado inicial** pactado entre el fiscal y la defensa, no significa que la Corte de Justicia no debe intervenir. Por el contrario, nuestro ordenamiento procesal penal se encuentra ligado a normas constitucionales y convencionales de superior jerarquía que exigen que, en los procesos judiciales tendientes a garantizar el reconocimiento de derechos, todos los afectados deben estar amparados por la garantía del debido proceso y del derecho al acceso a una tutela judicial efectiva.”

“Se encuentra fuera de toda duda que las víctimas en el ámbito de los procesos penales son sujetos de protección conforme las disposiciones del art. 25 CADH, y que esos derechos los ejercen a través de su rol de querellante como parte en el proceso. Si ello es así, la víctima que ha ingresado al proceso bajo la forma de querellante particular debe ser escuchada antes de la toma de una decisión relevante, como lo es una sentencia condenatoria.”

b-CSJN

- 321:2021 «Santillán»
- 321:3322 «Santini»

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Cotela Pini. 22-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=761>
- Valsecchi Vargas. 22-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=933>

Parágrafos destacados

“En efecto, el legislador provincial ha instrumentado un **modelo de querellante de carácter eventual y adhesivo**, de modo que la víctima de un delito no cuenta con un poder autónomo para disponer de la acción penal, sino que sólo es coadyuvante con la tarea persecutoria del órgano fiscal, único titular de la actividad persecutoria. Dicho de otro modo, la intervención de la querrela se encuentra circunscripta, tal como lo dispone el art. 106 del CPP, a la acreditación del hecho delictivo y la responsabilidad penal del acusado (L.S. 163-236 y 486-100). Este esquema implica una serie de limitaciones o restricciones para la participación del querellante particular en el proceso penal. Así, por ejemplo, puede citarse el límite contenido en el diagrama normativo del recurso de casación, contexto en el que se ha previsto que la capacidad de recurrir sentencias definitivas sólo se encuentra habilitada para el caso de sentencias absolutorias o de sobreseimiento -art. 477 del CPP-.”

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

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-02855587-8/1((021201-20616)) FC/ VAL CACERES, MARCELO ADOLFO P/ HOMICIDIO CULPOSO A MARIA MAGDALENA ARIAS RIVERO (20616) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102878936*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n.º 13-02855587- 8/1, caratulada “FC/VAL CÁ CERES, MARCELO ADOLFO P/HOMICIDIO CULPOSO P/RECURSO DE CASACIÓN”.

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

La querella particular interpone recurso de inconstitucionalidad y de casación (ver fs. 218/224) contra la Sentencia N.º 4.806 proveniente del entonces Primer Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos (fs. 206/207 y fs. 210/216), en tanto condenó a Marcelo Adolfo Val Cáceres a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional y cinco años de inhabilitación especial para conducir todo tipo de vehículos por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo calificado (art. 84 del CP).

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La resolución criticada fue dictada tras celebrarse una audiencia de juicio abreviado en la que el Ministerio Público Fiscal y el acusado, junto a su defensa, pactaron la pena de dos años de prisión en suspenso y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos. En este contexto el tribunal de mérito se expidió sobre dos cuestiones fundamentales. Por un lado, sobre si resultaba procedente la inconstitucionalidad invocada por la parte querellante respecto de los arts. 418 y 419 del CPP, que regulan dicho procedimiento abreviado. Por otro lado, sobre si se cumplían sus presupuestos en el caso concreto y si se encontraban probadas la materialidad del hecho acusado y la responsabilidad del imputado. En lo que aquí importa, y en el seno de la primera cuestión planteada, el tribunal a quo explicó que el derecho a intervenir en el proceso penal que tiene reconocido el querellante particular se encuentra limitado a la tarea de acreditar el hecho delictivo y la responsabilidad del acusado, lo que determina un modelo adhesivo de participación en las etapas de investigación y juicio (ver fundamentos, fs. 208 vta.). Con ello, afirmó que la regulación normativa del derecho a opinar en el juicio abreviado -art. 419 del CPP- resulta lógica en tanto limita su ejercicio a una opinión no vinculante para el tribunal.

Ello puesto que, de lo contrario, se estaría legitimando la venganza de la víctima y se excluiría al Ministerio Público Fiscal de la exclusiva función que le ha sido asignada en la promoción y ejercicio de la acción penal. En este sentido, sostuvo que la pretensión de participar en la formación del juicio abreviado, así como en el pedido de pena, son tareas que exorbitan las facultades procesales y el rol que la ley le ha asignado al querellante particular (ver fundamentos, fs. 211). Así, tras cerciorarse de que la propuesta de juicio abreviado formulada por el fiscal de la causa y el acusado cumplía con los requisitos legales previstos en el art. 418, el tribunal de mérito evaluó la prueba recolectada en el proceso y afirmó que la misma permitía

corroborar la confesión del acusado respecto del hecho acusado y su intervención en él (ver fundamentos, fs. 210).

II.- El recurso de la querrela particular

La querrela particular interpone recursos de inconstitucionalidad y de casación contra la resolución antes individualizada. De modo preliminar, impugna el art. 477 del CPP por considerarlo inconstitucional. Entiende que dicha norma viola el derecho de igualdad previsto en el art. 16 de la CN, en tanto que limita las posibilidades recursivas del querellante particular sólo a las sentencias de sobreseimiento y las sentencias absolutorias. Asimismo, indica que esta restricción de la participación de la víctima en el proceso vulnera el art. 18 de la CN y el art. 8 primer párrafo de la CADH.

Luego, formula las precisiones por las que considera que es inconstitucional la sentencia proveniente del entonces Primer Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción de San Rafael. Explica que oportunamente, al celebrarse la audiencia de juicio abreviado, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 418 y 419 del CPP por cuanto estas normas no habilitan la participación del querellante en la formación del juicio abreviado.

Afirma que, a partir del **fallo «Santillán»**, la CSJN ha reconocido la autonomía del querellante para acusar y que, si esa parte puede acusar, pedir pena y recurrir sentencias de modo autónomo, resulta contradictorio e inconstitucional que no se necesite su conformidad para la procedencia del juicio abreviado.

En este sentido, indica que el a quo ha incurrido en un error al expresar que la participación del querellante particular se limita sólo a la acreditación del hecho y de la responsabilidad del imputado y que la pena es una atribución exclusiva del fiscal, puesto que el querellante cuenta con un derecho autónomo a acusar, pedir pena y recurrir.

De acuerdo con lo anterior, sostiene que la regulación del derecho a opinar del querellante particular, contenida en el art. 418 del CPP, vulnera el derecho a obtener un pronunciamiento justo puesto que le otorga carácter no vinculante a dicha opinión. Cita jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia y afirma, como conclusión, que los arts. 418 y 419 del CPP son inconstitucionales, en la medida en que, al no requerir la participación y conformidad del querellante particular para la formación y procedencia del juicio abreviado, vulneran el art. 18 de la CN, el art. 8 de la Constitución de Mendoza, el art. 8 de la CADH y el art. 14.1 del PIDCyP.

Conforme con lo señalado, solicita la revocación y la anulación de la sentencia que rechazó la inconstitucionalidad de los artículos 418 y 419 del CPP y formula reserva del caso federal. En otro orden de ideas, el recurrente impugna la sentencia por considerar que contiene vicios in procedendo (art. 474 inc. 2 del CPP).

Sostiene que la sentencia formula una conclusión absurda respecto de las circunstancias de la causa, toda vez que no existe proporcionalidad entre la gravedad del ilícito cometido por el acusado y la pena aplicada. Cuestiona que, si bien el tribunal de mérito reconoció que el imputado produjo la muerte de una joven de 21 años de edad al actuar con culpa grave y en estado de alcoholización medida, luego estimó razonable imponer el mínimo de la escala penal aplicable.

Expresa que tal conclusión le resulta absurda por cuanto el monto es notoriamente desproporcionado frente a las circunstancias probadas de la causa. Manifiesta que la sentencia es arbitraria, puesto que omitió valorar prueba decisiva y, de ese modo, afirmó que el accidente se produjo en una zona rural e interpretó esto como una circunstancia atenuante.

Entiende que las constancias de la causa demuestran que el suceso ocurrió en una zona urbana, lo que debe repercutir en un mayor juicio de reproche. Critica el análisis que el tribunal de sentencia hizo sobre el comportamiento de la víctima, por cuanto sostuvo que ésta se conducía de modo riesgoso, casi por la mitad de la arteria.

Entiende que se ha desconocido al respecto prueba fundamental, toda vez que la pericia de fs. 83 señala que la víctima se conducía por el carril oeste de la calle en la que fue atropellada, a dos metros del borde de la calzada.

Critica la falta de consideración del mal estado de conservación del asfalto y la escasa visibilidad. Afirma que valorar el comportamiento de la víctima para justificar al victimario es contrario al derecho internacional de los derechos humanos. Formula reserva del caso federal.

III. El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que la presentación recursiva del querellante particular debe ser rechazada formalmente.

Respecto de la inconstitucionalidad del art. 477 del CPP, indica que la norma impugnada no constituye el fundamento legal de la resolución atacada, es decir, que la sentencia no tiene base jurídica en el art. 477 del CPP, razón por la que el agravio constitucional no tiene sustento en la resolución cuestionada.

En relación al recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia afirma que, en virtud del principio de taxatividad legal del art. 475 del CPP, cuya remisión ordena el art. 489 del CPP, la resolución cuestionada no se encuentra entre aquellas que habilitan la interposición de dicho remedio procesal. Además, explica que lo que pretende el recurrente es la revocación o anulación de la sentencia, cuando debió impugnar (si estuviese facultado) las norma que le dan fundamento.

Respecto del recurso de casación, entiende que debe seguirse el mismo razonamiento, puesto que el art. 477 del CPP le veda al querellante particular la posibilidad de recurrir en casación las sentencias condenatorias.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

A fin de profundizar las razones por las que voto por el rechazo de las pretensiones del recurrente, previamente aclararé el orden de mi exposición. Si bien el recurrente ha formulado una única presentación, no puede obviarse que esta contiene reclamos escindibles que pueden diferenciarse por el tipo de examen que demandan.

De este modo pueden identificarse, un recurso de inconstitucionalidad respecto del art. 477 del CPP, un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia condenatoria dictada en el expediente y un recurso de casación contra la misma resolución. Entonces, de acuerdo con el contenido de la presentación recursiva, entiendo adecuado dividir la solución del siguiente modo.

En primer lugar, analizaré la procedencia formal del recurso de casación presentado contra la sentencia condenatoria de Marcelo Val Cáceres, y, en este marco, de modo previo diré por qué corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 477 del CPP (a).

Luego, en segundo lugar, daré los motivos por los que considero que corresponde abrir formalmente el recurso de inconstitucionalidad presentado contra dicha sentencia condenatoria. Así, superada la instancia de admisibilidad formal en este último caso, diré no obstante que dicho remedio debe ser desestimado por motivos sustanciales (b). Veamos.

a. Sobre la constitucionalidad del art. 477 del CPP y la inadmisibilidad formal del recurso de casación

Según norma el art. 477 del CPP existe un límite legal a las posibilidades del acusador particular para recurrir, mediante casación, las sentencias condenatorias. Por ello, todo intento para lograr la apertura de la instancia casatoria contra sentencias de ese tipo debe ser precedido por un pedido de declaración de inconstitucionalidad de dicha norma procesal y una respuesta satisfactoria ante el reclamo.

En este sentido, se advierte que la parte recurrente impulsó la inconstitucionalidad del art. 477 del CPP ante el tribunal de instancia anterior pero, sin embargo, no logró resultados satisfactorios (ver auto de fs. 228/229).

Aquí debe decirse que se comparten los fundamentos con los que el tribunal a quo desestimó el pedido de inconstitucionalidad de dicha norma, puesto que, en esencia, coinciden con lo que este Cuerpo ha dicho al resolver en la causa «Cruz Juárez» (sentencia leída el 10/11/2017).

No obstante, no puede dejar de resaltarse que la actuación del tribunal a quo ha sido contradictoria, toda vez que, si bien ha defendido la constitucionalidad del art. 477 del CPP -en cuanto limita la legitimación del querellante particular para recurrir en casación-, luego, concedió el recurso de casación presentado por el querellante contra la sentencia condenatoria por él dictado.

Dicho en otras palabras, si el a quo consideró que el límite que contiene el art. 477 del CPP no viola varemos de constitucionalidad, entonces, no tuvo razones para hacer la concesión que dicho artículo prohíbe. Por ello, puede afirmarse que la concesión que hizo el tribunal a quo del recurso de casación contra la sentencia condenatoria de Marcelo Val Cáceres ha sido inadecuada, y, atento a que la concesión formal de los recursos por la instancia anterior no imposibilita que este Cuerpo vuelva sobre los requisitos o presupuestos que hacen a su viabilidad formal, no puede ratificarse en esta instancia la concesión resuelta por el tribunal a quo (ver art. 461 segunda parte, en función del art. 482, todos del CPP. En este sentido, ver L.S. 193-326; 280-120; 293-088; 295-258; 293-253).

En razón de lo dicho, debe rechazarse formalmente el recurso de casación presentado contra la sentencia condenatoria N° 4.806 del entonces Primer Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial.

b. Sobre la inadmisibilidad sustancial del recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia

Aclarado lo anterior, debe explicarse ahora por qué sí se tratará el fondo del recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia condenatoria, vinculado a las disposiciones de los arts. 418 y 419 del CPP. Sobre este punto, según estimo, no existen las mismas limitaciones que de manera expresa se han previsto para la viabilidad formal del recurso de casación.

Efectivamente, al tratar sobre la «procedencia» del recurso de inconstitucionalidad -art. 489 del CPP-, el legislador sólo ha hecho limitaciones de tipo objetivo, es decir, respecto del tipo de resoluciones que pueden ser recurridas por esta vía. Nada ha dicho respecto de si existen limitaciones basadas en el sujeto recurrente.

Entiendo que esta amplitud subjetiva para la interposición del recurso de inconstitucionalidad se ve confirmada, además, al constatar que el legislador tampoco ha hecho una remisión a otras disposiciones del código que contengan límites para la interposición de recursos.

En efecto, si el legislador hubiese querido hacer extensivos los límites subjetivos del recurso de casación, por ejemplo, lo hubiese hecho de modo expreso, tal como lo hizo al regular el «procedimiento» del recurso de inconstitucionalidad -el **art. 490 del CPP** remite a las disposiciones del Capítulo II del Título IV, referente al procedimiento del recurso de casación-. Además, según advierto, dicha conclusión se ve reforzada con lo estipulado en las reglas generales sobre recursos.

Una interpretación armónica de los **arts. 449 y 452 del CPP** indican que el querellante -como cualquiera de las partes del proceso con facultades recursivas- puede interponer recursos «sólo por los medios y en los casos establecidos», pero también que, «cuando la ley no distinga entre las diversas partes», el derecho a recurrir pertenecerá a cualquiera de ellas.

Por ello, atento a la falta de limitaciones de carácter subjetivo -ya sea por una expresa previsión, o sea por una remisión a los límites del recurso de casación- puede afirmarse que el querellante particular puede recurrir las sentencias condenatorias según los alcances del recurso de inconstitucionalidad (arts. 489/490 del CPP).

Dicho ello, debe explicarse por qué tomaré posición desfavorable a los argumentos del recurrente.

El planteo de la querella en este punto radica en una crítica a la constitucionalidad de los arts. 418 y 419 del CPP sostenida por el tribunal a quo en su sentencia, por cuanto estas normas no habilitan la participación del querellante en la formación del juicio abreviado y no le otorgan poder vinculante a su opinión. En concreto, el querellante entiende que la sentencia condenatoria de Marcelo Val Cáceres ha vulnerado el derecho de la víctima a estar amparado por la garantía del debido proceso y del derecho al acceso a una tutela judicial efectiva (arts. 1.1, 8 y 25 de la CADH, art. 14 del PIDCyP).

Al respecto, debe señalarse que este Tribunal ya ha resuelto una cuestión similar a la aquí planteada al explicar, en la **causa «Gil Herrera»**, el contenido y alcances del derecho al acceso a la justicia y las circunstancias en las que puede flanquearse el límite procesal que tiene el querellante particular para recurrir en casación sentencias condenatorias (sentencia leída el 24/05/2018).

Los fundamentos allí esbozados también pueden explicar la validez de los límites previstos en los arts. 418 y 419 del CPP.

En efecto, el legislador provincial ha instrumentado un modelo de querellante de carácter eventual y adhesivo, de modo que la víctima de un delito no cuenta con un poder autónomo para disponer de la acción penal, sino que sólo es coadyuvante con la tarea persecutoria del órgano fiscal, único titular de la actividad persecutoria.

Dicho de otro modo, la intervención de la querella se encuentra circunscripta, tal como lo dispone el art. 106 del CPP, a la acreditación del hecho delictivo y la responsabilidad penal del acusado (L.S. 163-236 y 486-100).

Este esquema implica una serie de limitaciones o restricciones para la participación del querellante particular en el proceso penal. Así, por ejemplo, puede citarse el límite contenido en el diagrama normativo del recurso de casación, contexto en el que se ha previsto que la capacidad de recurrir sentencias definitivas sólo se encuentra habilitada para el caso de sentencias absolutorias o de sobreseimiento -art. 477 del CPP-.

El sistema instrumentado en materia de juicio abreviado -en cualquiera de sus modalidades-, también es un ejemplo del modelo que ha cristalizado el legislador.

En efecto, aunque en la tramitación de un juicio abreviado el querellante particular debe ser escuchado, este tipo de procedimiento contiene límites para él, en tanto no prevé su intervención para la formación de la propuesta de acuerdo y puesto que su opinión no resulta vinculante.

Ahora bien, así como en el **precedente «Gil Herrera»** se sostuvo que la razón del límite recursivo del art. 477 del CPP reside en que la sentencia condenatoria represente una satisfacción -al menos- parcial de las pretensiones de la parte querellante (es decir, en la medida en que la sentencia presuponga que ésta ha tenido posibilidad de ejercer su rol de parte a lo largo del proceso ofreciendo prueba, controlando la

prueba ofrecida por la defensa, argumentando y peticionando), puede llegarse a conclusiones similares sobre los límites impresos en los arts. 418 y 419 del CPP.

En efecto, en la medida en que la víctima haya tenido acceso al proceso constituyéndose como querellante y, luego, interviniendo en la producción y control de prueba, así como ejerciendo su derecho a ser escuchado, puede afirmarse que la sustanciación del juicio abreviado y la sentencia condenatoria dictada en consecuencia representan una satisfacción de sus pretensiones.

Conforme con lo dicho, no puede sostenerse que en este caso las previsiones legales en juego hayan dejado indefensa a la parte querellante, limitando su derecho a una tutela judicial efectiva.

Al contrario, desde que se constituyó debidamente, ésta estuvo presente e intervino activamente en las audiencias testimoniales producidas durante la investigación penal preparatoria (ver declaraciones de fs. 93 y 96), ofreció prueba de cara al inicio del juicio oral (ver fs. 187), fue notificada de la audiencia de juicio abreviado y estuvo presente en la misma, ocasión en la que ejerció su derecho a ser escuchada -siendo esta la razón por la que se arriba a esta instancia- (ver fs. 203). Como puede advertirse, el proceso no ha significado para el querellante particular una limitación de su derecho a intervenir activamente en el proceso y a obtener una decisión fundada de un tribunal imparcial.

En palabras de la CSJN, se ha respetado la «la posibilidad de toda persona de recurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia en general y, en particular, el reconocimiento del debido proceso de toda persona a la cual la ley le reconoce personería para actuar en juicio, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante» (fallos 321:2021 «Santillán», 321:3322 «Santini»).

A modo de conclusión, entiendo relevante recordar que uno de los aspectos centrales del acceso a la justicia se sitúa en su dimensión fáctico-jurídica, que impone a los tribunales determinar si, independientemente de los mecanismos jurídicos previstos, el titular del derecho se ha visto en una situación de especial indefensión.

En concreto, se trata de determinar si se ha cumplido el verdadero alcance de la tutela judicial efectiva a la víctima, este es, la materialización de la posibilidad de que ella pueda constituirse como querellante en un proceso y ejercer los derechos propios de su calidad de parte, tales como el ser escuchada antes de la toma de una decisión relevante.

Esta regla se ha visto satisfecha en el presente caso, razón por la que no puede recibirse el planteo de inconstitucionalidad de la sentencia condenatoria analizada. Las actuaciones demuestran que la intervención de la parte querellante ha superado el estándar de protección que supone la tutela judicial efectiva y que la condena dictada ha sido legítima, en tanto que los potenciales afectados han tenido efectiva posibilidad de intervenir en un debate racional, aportando razones y argumentos sobre las cuestiones jurídicas puestas en juego.

Esto no supone que el derecho a la tutela judicial efectiva implique un derecho a una decisión favorable, sino sólo a contar con **la posibilidad de participar en un debate** abierto e inclusivo que preceda y dote de racionalidad discursiva a la decisión. Por ello, cabe dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada, debiendo rechazarse el recurso casatorio presentado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 477 del CPP y, en consecuencia, rechazar formalmente el recurso de casación presentado por la querella particular. Asimismo, rechazar sustancialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado por la parte recurrente.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 04 de octubre de 2019.-

33- CORONEL DIAZ. 04-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC IE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	47

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcCoronel.pdf

Lex: Art. 84, 2° párrafo y 26 del C.P

Vox: Homicidio culposo agravado. Inhabilitación especial. Vehículos automotores.

Summa:

El **Juzgado Correccional y de Faltas** condenó al acusado a la pena de **dos años de prisión de forma condicional y seis años de inhabilitación** para conducir vehículos automotores, por el delito de homicidio culposo agravado (art. 84, 2° párrafo y 26 del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 3.229, pronunciada por el Juzgado Correccional y de Faltas de Tunuyán- 4° CJ.*

Doctrina citada

JAKOBS GÜNTHER, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1997, Madrid, págs. 269 y sgtes

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

(G.S.)

Fallo.

CUIJ: 13-04460779-9/1((043301-10936)) F. C/CORONEL DIAZ HECTOR FERNANDO P/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (10936) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104541757*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva los autos N° 13-04460779-9/1 caratulados “F. C/ CORONEL DÍAZ HÉCTOR FERNANDO P/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO”.

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

La defensa oficial de Coronel Díaz Héctor Fernando interpone recurso de casación (fs. 138/140) contra la Sentencia N° 3.229 y sus fundamentos (fs. 123 y fs. 124/131, respectivamente), dictada por el entonces Juzgado Correccional y de Faltas de Tunuyán, de la Cuarta Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de dos años de prisión de forma condicional y seis años de inhabilitación para conducir vehículos automotores, por el delito de homicidio culposo agravado que se le atribuyera en el marco de los autos N° P-10.936 (art. 84, 2° párrafo y 26 del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia cuestionada tuvo por acreditada la plataforma fáctica acusada en autos N° 10.936, esto es, que «[e]l día 24 de octubre de dos mil doce, aproximadamente a las trece horas con treinta minutos, personal policial toma conocimiento de la producción de un siniestro vial en Calle San Martín de Colonia Las Rosas, a cuarenta y ocho metros, aproximadamente de la Escuela N° 1.067 “Tribes de Torres”, protagonizado por un automóvil Peugeot 504 rural, dominio WBO 451, conducido por el Señor Inocencio Trinidad, que circulaba por calle San Martín hacia el Este, y que al llegar al lugar mencionado, realiza una maniobra en “U”, siendo impactado por un vehículo utilitario Renault Kangoo, que circulaba por la misma vía y en la misma dirección, conducido por Héctor Fernando Coronel, quien pese a accionar el sistema de frenos no pudo evitar la colisión. Como consecuencia del impacto se produjo el deceso del Señor Inocencio Trinidad, el cual se encuentra constatado en la causa. Conforme el Informe Pericial de Policía Científica, Delegación Valle de Uco, obrante a fs. 53/58 de Autos, el utilitario Renault Kangoo circulaba en zona próxima a un establecimiento escolar en horario de funcionamiento del mismo a una velocidad no inferior a los 66 km/h. Esto último hace surgir la imprudencia y negligencia con la que obró el imputado en Autos» (ver fundamentos, fs. 124 y vta.).

Para decidir de ese modo, por un lado, el tribunal a quo entendió que no existía mérito alguno capaz de fundar un deslinde de responsabilidad penal del acusado. En este sentido, analizó el testimonio de Ernestina Torres –esposa de la víctima–, Liliana Roig –celadora de la escuela Tribes de Torres– y Luis Córdoba –testigo presencial–, declaraciones cuyo contenido le permitieron sostener que en el horario del accidente ingresaban niños al colegio y existía el riesgo de que éstos y sus padres transitaran por el lugar (ver fundamentos, fs. 128).

Asimismo, valoró dichos testimonios, la declaración del propio acusado y el informe pericial elaborado por la Policía Científica, para aseverar que la responsabilidad de Coronel Díaz se basaba en la alta velocidad a la que condujo al momento del impacto (ver fundamentos, fs. 129).

Por otro lado, el tribunal de sentencia sostuvo que la víctima tuvo una «elevada cuota de responsabilidad» en su propia muerte, toda vez que realizó una maniobra negligente al girar en manera no reglamentaria y sin haber tomado las medidas de precaución (ver fundamentos, fs. 128 vta. y f. 129 vta.).

II.- El recurso de casación de la defensa.

La parte recurrente impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando e in procedendo.

Respecto de los vicios de carácter formal, entiende que se ha inobservado lo dispuesto en el art. 383 del C.P.P. (ley 1.908) en la medida en que el requerimiento fiscal de citación a juicio no contenía la calificación legal del hecho imputado a Héctor Coronel. Explica que si bien la pieza de acusación de fs. 79 precisó que el hecho constituía un supuesto de homicidio culposo agravado por la conducción antirreglamentaria de un vehículo (art. 84, segundo párrafo del C.P.), dicha calificación genérica no fue completada mediante la necesaria especificación de la disposición reglamentaria infringida.

Entiende que, al no individualizarse el tipo de comportamiento antirreglamentario acusado, se vulneró el legítimo ejercicio del derecho de defensa en juicio puesto que Coronel no pudo conocer en forma precisa de qué se lo acusaba.

En este sentido, agrega que el tránsito vehicular es una de las actividades reguladas con mayor precisión y minuciosidad y que, en consecuencia, debió indicarse las normas de la ley de tránsito y transporte que se entendían transgredidas.

En lo relativo a los vicios de carácter sustancial, la defensa entiende que la norma del art. 84 del C.P. ha sido interpretada de manera errónea, en tanto que no se ha reparado en los lineamientos de la teoría de la imputación objetiva.

Explica que en el suceso investigado no sólo existió una intervención del acusado, sino también de quien resultó víctima del accidente. Adhiere que si bien se observa un nexo causal natural entre el comportamiento de Coronel y el resultado, es necesario establecer una causalidad jurídica.

Así, enumera los presupuestos necesarios para considerar acreditado el tipo objetivo en los delitos de resultado, según la teoría mencionada, y hace hincapié en que debe negarse la imputación de un resultado lesivo a una conducta cuando esta, a pesar de haber generado un riesgo desaprobado, no explica dicho resultado.

Indica que en el presente caso, si bien el acusado vulneró límites de velocidad en una zona de establecimientos escolares, el fin de dichos límites es el de disminuir el riesgo de accidentes entre vehículos y peatones, debido a que en esa zona existe, en días y horas determinadas, un mayor flujo en la circulación peatonal.

Sostiene que en este punto existe una errónea interpretación del tipo culposo previsto en el art. 84 del C.P., toda vez que la norma de tránsito provincial -ley 6.082. art. 69, punto e. 3-, procura disminuir las velocidades máximas para proteger la integridad física de los peatones, siendo este un fin que no se condice con el resultado producido por el acusado.

Así, la defensa advierte que el hecho imputado excede el fin de protección de la norma violada por Héctor Coronel y argumenta que fue la propia víctima del suceso quien, al realizar un giro en “U” de manera imprudente, generó un significativo aumento del riesgo en la circulación vehicular. A modo de ejemplo

sostiene que, si por vía hipotética el acusado se hubiese trasladado excediendo los límites de velocidad, pero en un rodado de menor porte, con seguridad el resultado lesivo se hubiese ocasionado de forma inversa.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del encartado González, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

En primer lugar, respecto del vicio in procedendo invocado, explica que si la defensa entendió que correspondía procurar la nulidad del avoque o el acta de imputación formal debió hacerlo durante la investigación de la causa, atento al carácter preclusivo de las distintas etapas del proceso.

No obstante ello, indica que las acciones previstas por la norma de tránsito –en concreto, el art. 69 inc. e, punto 3–, se encuentran previstas en el hecho descrito al acusado.

En este sentido aclara que en la pieza fiscal de citación a juicio, en la lectura de la acusación en el inicio de la audiencia de debate y en los fundamentos de la sentencia, se especificó al imputado y su defensa la velocidad a la que éste circulaba de modo imprudente, circunstancias que califica como suficientes a fin de cumplir con el mandato de individualización de la conducta que se imputa como violatoria del deber de cuidado.

Agrega que tales intimaciones resultaron suficientes para garantizar el ejercicio del derecho de defensa del imputado, lo que entiende acreditado en el propio recurso casatorio de la defensa, toda vez que allí, sin mayor esfuerzo, se encuadró el comportamiento intimado en la norma de tránsito reglamentaria correcta.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

a. Vicios in procedendo

En primer lugar, respecto del agravio que indica que se vulneró el **derecho de defensa** en juicio del acusado, en la medida en que a éste no le fue comunicado cuál fue la conducta antirreglamentaria que infringió, debe decirse que no cuenta con respaldo suficiente en las constancias de la causa.

En efecto, la compulsa de las actuaciones demuestra que tanto la pieza de acusación fiscal comunicada durante la instrucción y leída el inicio del debate, como los fundamentos de la sentencia, contienen una descripción circunstanciada del comportamiento antirreglamentario que se le endilgaba y por el cual resultó condenado.

Si bien en estos actos no se identificó cuál era la norma específica de la ley de tránsito que, para la acusación, se había vulnerado, sí se dio cuenta del comportamiento en concreto, este es, el haber conducido «en zona próxima a un establecimiento escolar en horario de funcionamiento del mismo, a una velocidad no inferior a 66 km/h».

Asimismo, se sostuvo que esta conducta hacía «surgir la imprudencia y la negligencia con la que obró el imputado de autos» y que el accionar del imputado fue «riesgoso, temerario, pero a la vez ha incumplido con la Ley de Tránsito que establece un límite de velocidad que injustificadamente no ha respetado» (ver

pieza fiscal de fs. 79 vta., acta apertura del debate de fs. 114 y fundamentos de la sentencia, a fs. 124 y vta. y fs. 129).

Según entiendo, esta forma de precisar el comportamiento que formó parte del objeto procesal, fue suficiente en el caso concreto para que el acusado y su defensa conocieran cuál fue la reglamentación que la acusación entendía vulnerada, esta es, el exceso de velocidad al conducir en un zona con límites menores establecidos.

Con ello, no puede soslayarse que las actuaciones del expediente sugieren que la defensa de Héctor Coronel no se vio obstaculizada a lo largo de todo el proceso, razón que indica que los argumentos del recurrente se construyen sobre un interés por la nulidad misma. En efecto, por un lado debe decirse que, desde que la defensa aceptó el cargo para el que fuera propuesto, no articuló pedido tendiente a señalar la presunta vulneración del derecho de defensa en virtud de una redacción defectuosa del hecho acusado (ver fs. 75 en adelante).

Por otro lado, también debe destacarse que, en ocasión de producirse el debate, la defensa del acusado tuvo intervenciones que indican claramente que conocía el hecho que se calificó como antirreglamentario en la conducción de automotores. En este sentido, pueden compulsarse las preguntas realizadas a uno de los auxiliares de la Policía Científica, respecto del margen de error en la escala para determinar la **velocidad** de un vehículo al accidentarse; asimismo, puede observarse que la defensa realizó precisiones sobre la relevancia del exceso de velocidad del acusado en ocasión de formular sus alegatos (ver acta de fs. 121/122).

Por todo lo dicho hasta aquí, entonces, ha quedado demostrado que la alegada vulneración del derecho de defensa es un agravio que no puede prosperar. El acusado y su defensa no sólo conocieron desde el inicio de la causa cuál era el comportamiento contradictor de la norma de tránsito, sino que también se defendieron en este sentido al sustanciarse el debate.

b. Vicios in iudicando

En segundo lugar, respecto del presunto error en la interpretación de la ley sustantiva, entiendo que la postura de la parte recurrente no puede ser recibida puesto que el tribunal a quo ha subsumido las circunstancias fácticas de manera adecuada.

De acuerdo con el planteo de la defensa, un estudio adecuado de los hechos en términos objetivos de imputación hubiese determinado la absolución del acusado, en tanto que el resultado provocado no es abarcado por el fin de protección de la norma de tránsito que incumplió. De acuerdo con ello, la muerte de Inocencio Trinidad sólo puede explicarse a partir de su propia conducción antirreglamentaria.

No comparto los argumentos de la parte recurrente por las siguientes razones.

Según estimo, el presente caso se presenta como un supuesto de concurrencia de riesgos o de riesgos de incumbencia de varias personas, puesto que el resultado lesivo no puede explicarse sin todos los datos del suceso de los que se deriva la prohibición de los riesgos creados por el acusado y la víctima. En otras palabras, el descuido de ambos intervinientes es necesario para explicar el curso causal dañoso (al respecto, ver JAKOBS GÜNTHER, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, 1997, Madrid, págs. 269 y sgtes.).

En efecto, el resultado lesivo constatado en autos e imputado al acusado no sólo se explica con la **maniobra en «U»** realizada por Inocencio Trinidad, sino también con su propio exceso de velocidad al conducir. Ambos comportamientos riesgosos son necesarios para aclarar cómo se produjo el resultado «muerte» en el caso concreto.

Por el lado del acusado, no puede soslayarse que **la norma de cuidado** que ha vulnerado –que limita la velocidad del tránsito automotor a niveles tan mínimos como los 20 km/h–, apunta a eliminar o reducir los riesgos que pueden aparecer en esta actividad de tal modo que el conductor se asegure el máximo dominio posible de su vehículo.

La explicación de dicho límite en una zona escolar resulta clara según mi parecer. La presencia de una institución educativa en horario de funcionamiento conlleva una considerable presencia de personas que ingresan y egresan del establecimiento, así como de vehículos que transitan a su alrededor, maniobran o estacionan. En este escenario, el riesgo de que se produzca un suceso lesivo aumenta atento a la cifra de docentes, padres o madres y niñas o niños que asisten a una institución educativa.

Por ello, quienes conducen en **una zona escolar** deben contar con posibles intervinientes descuidados, de modo tal que el fin de reducción de velocidad no puede ser, en este caso, sólo el de evitar un accidente con peatones, tal como lo sugiere la defensa.

En este sentido, entiendo importante resaltar que los argumentos sostenidos por el tribunal a quo siguen la línea esbozada. En concreto, el tribunal de juicio sostuvo que «[...] la teoría de imprevisibilidad a la que echa mano con hidalguía [el defensor] es absolutamente rebatible, ya que resulta imposible no prever que un rodado que se encuentre detenido en la ruta, no pueda ingresar a la misma. Es una alternativa que no puede descartarse por completo, máxime si se sitúa próximo a un establecimiento escolar en el cual y según relata la Sra. Celadora Liliana Roig, muchos padres hacían idéntica maniobra a diario.

También afirma la Defensa que la restricción de velocidad es sólo para el alumnado, lo que es absolutamente incierto, en el caso de marras la víctima fue el abuelo de una alumna y es imposible marcar esa diferencia» (ver fundamentos, fs. 129).

No obstante, conforme con lo dicho anteriormente, también debe decirse que el suceso no puede ser reconducido totalmente al comportamiento riesgoso del acusado. Ello puesto que, al realizar una maniobra prohibida por la ley de tránsito –como es el giro en «u»–, la víctima del suceso también provocó un riesgo desaprobado que la norma de tránsito intenta evitar y que explica el accidente. Esto implica sostener que, debido a que la muerte de Inocencio Trinidad encuentra sentido, en parte, en la vulneración de sus propios deberes de autoprotección, el injusto cometido por el acusado merece ser considerado de manera más tenue.

En este sentido, entonces, destaco las precisiones del tribunal a quo, toda vez que valoró que el caso bajo examen debe ser explicado como un supuesto de concurrencia de riesgos y, consecuentemente con ello, que el acusado merece un reproche de menor entidad (ver fundamentos, fs. 128 vta., 129 vta. y 130 vta.).

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 3.229 del entonces Juzgado Correccional y de Faltas de Tunuyán, de la Cuarta Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial en favor del acusado Héctor Fernando Coronel Díaz.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 04 de octubre de 2019.-

34- SAROME. 04-10-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcSarome.pdf

Lex: Art. 45 y 84, 2° del C.P.

Vox: Homicidio culposo agravado. Inhabilitación especial. Vehículos Automotores.

Summa:

El **TPC** condenó al acusado a la pena de **tres años de prisión de forma condicional y siete años de inhabilitación especial** para conducir vehículos automotores con costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado. (arts. 45 y 84, 2° del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, confirmando la sentencia.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 201, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1-2° CJ.

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

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-04619923-9/1((028601-109658)) F. C/ SAROME DIMARCO OMAR ERNESTO P/ HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO (109658/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104702848*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04619923- 9/1, caratulada “F. C/ SAROME DIMARCO OMAR ERNESTO P/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO”.

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

La defensa del acusado Omar Ernesto Sarome Dimarco interpone recurso de casación (fs. 278/288) contra la Sentencia N° 201 y sus fundamentos (fs. 266 y fs. 268/274, respectivamente), dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de tres años de prisión de forma condicional y siete años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores con costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado que se le atribuyera en el marco de los autos N° P2-109.658 (arts. 45 y 84, 2° del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia mencionada tuvo por acreditada que «[e]l día 05 de junio de 2.015, apenas pasadas las 14:30 hs., FRANCO Emanuel Senelatti circulaba por Avenida Sarmiento en dirección oeste-este, a bordo de la bicicleta marca Raleigh, modelo Mojave, rodado 26, de color blanco y negro, número fabril S0011421064, vestido con indumentaria de ciclista; mientras que Omar Ernesto Sarome Dimarco circulaba por la misma arteria y en la misma dirección, conduciendo el camión marca Scania 114 G, dominio CYQ-386, con semirremolque dominio HHK432, marca Random; y al llegar a la intersección de Avenida 9 de Julio, ambos vehículos detienen su marcha sobre los carriles del costado sur de Avenida Sarmiento, a la espera de la habilitación semafórica. Una vez que el semáforo da la luz verde, ambos rodados reinician la circulación, haciéndolo el camión por el carril central y el biciclo por el carril lateral derecho; hasta que al llegar a la intersección de Avenida Sarmiento con calle 25 de Mayo, el chofer Sarome –sin tomar los recaudos necesarios exigidos por la Ley de Tránsito N° 6.082, Art. 48, inc. b–, realiza una maniobra de giro hacia la derecha, interponiéndose en el carril de circulación del biciclo en el que se trasladaba el joven Senelatti, entrando de esta manera el vehículo mayor en ángulo de contacto con el vehículo menor al atravesarse en su carril y línea de circulación; de manera tal que – pese a la maniobra evasiva y de frenado realizada por Franco Senelatti, y habiendo inclusive éste traspuesto la línea media de calle 25 de Mayo– la colisión resultó inevitable, impactando el ciclista y su rodado en la rueda delantera derecha del camión Scania, a la misma vez que cae al piso y es aprisionado por las ruedas duales traseras derechas del mismo. Como

consecuencia de ello, Franco Emanuel Senelatti sufrió un shock politraumático que determinó su fallecimiento casi inmediato en el lugar del hecho» (ver fundamentos, fs. 272).

Preliminarmente, el tribunal a quo consideró que el pedido de nulidad de la pieza acusatoria incoado durante el debate no podía ser acogido, puesto que, contrariamente a lo indicado por la defensa, ésta sí contenía los extremos de la conducta reprochada al acusado.

En este sentido, constató que el requerimiento del órgano acusador especificaba que el acusado vulneró lo dispuesto en el art. 52 inc. a) de la ley de tránsito, en tanto que no habría colocado la luz de giro con la debida antelación, y lo previsto en el art. 48 inc. b), toda vez que no tomó los recaudos necesarios previos a la maniobra a realizar; en concreto, que no obró con cuidado y prevención, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito (ver fundamentos, fs. 268 vta.)

Luego, para decidir sobre el fondo del objeto procesal planteado, el tribunal a quo analizó el acta de procedimiento elaborado por los primeros funcionarios policiales que llegaron al lugar del accidente, así como sus testimonios en la audiencia de debate, el informe y transcripción de las comunicaciones remitidos por el Centro Estratégico de Operaciones (CEO), la necropsia practicada sobre el cuerpo de la víctima y el informe elaborado por personal de Policía Científica. Asimismo, examinó la declaración del acusado, las declaraciones de los testigos presenciales Juan Pablo Radys, Analía Belén Greco y Noelia Regina Micheli y, por último, el testimonio e informe del Ingeniero Mario Giambastiani (ver fundamentos, fs. 269 vta./271 vta.)

Tras repasar el contenido de estos elementos de prueba y explicar porqué las hipótesis de la defensa no le merecieron mayor peso convictivo, el tribunal consideró que el acusado, al realizar una maniobra de giro hacia su derecha sin cuidado y prevención y sin tener en cuenta los riesgos propios de la circulación en la vía pública, afectó la fluidez del tránsito del carril paralelo por donde circulaba el ciclista Franco Seneletti. De este modo, el a quo sostuvo que Sarome realizó una acción contraria al deber de cuidado y creó así un riesgo jurídicamente desaprobado que se plasmó en el resultado lesivo (ver fundamentos, fs. 272).

II.- El Recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando e in procedendo.

En lo relativo a los vicios in procedendo, la defensa señala diversos puntos de agravio que se identifican a continuación.

En primer lugar, el recurrente indica que se ha vulnerado el art. 358 del C.P.P., toda vez que en la pieza requisitoria fiscal no se precisó cuáles fueron los recaudos necesarios que el acusado no tomó de manera previa a la maniobra imputada. En este sentido, explica que el tipo penal previsto en el art. 84 del C.P. es de carácter «abierto», en tanto que alude de modo genérico a las distintas formas que puede asumir la infracción al deber objetivo de cuidado, y señala que esta circunstancia exige que el juzgador revele de manera concreta cuáles son las reglas de cuidado que reglaban el evento particular y que no fueron observadas por el acusado.

Entiende que este presupuesto no fue cumplido en la pieza de acusación fiscal, sino luego, al formular sus alegatos el representante del Ministerio Público Fiscal y al dictar sus fundamentos el órgano juzgador.

En segundo orden, señala que el tribunal ha vulnerado el principio de congruencia, en la medida en que, al subsanar el vicio contenido en la pieza fiscal -descrito anteriormente-, enumeró una serie de

comportamientos diligentes que no estaban relatados en el requerimiento de citación a juicio y que no fueron conocidos por el acusado y su defensa.

Como tercer punto de agravio, la defensa indica que la motivación de la sentencia ha sido arbitraria en distintos aspectos.

a) Por un lado, apunta que una de las circunstancias reprochadas al acusado era el no haber colocado las luces de giro cuando se disponía a doblar. Explica que, si bien en el debate se constató que el acusado sí había colocado las luces de giro, el tribunal omitió deliberadamente valorar esta circunstancia.

b) Por otro lado, la defensa critica el peso convictivo otorgado a las declaraciones de Juan Pablo Radys. En este punto, repasa las distintas presentaciones del testigo a lo largo del proceso e indica que sus contradicciones no permiten considerarlas elementos válidos de prueba. Además, apunta que el informe elaborado por la División Criminalística de la Policía y la pericia mecánica elaborada por el Ingeniero Roberto Giambastiani son elementos de prueba incuestionables que contradicen lo sostenido por Radys, razón por la que no pueden tener menos peso de convicción que lo sostenido por el testigo.

c) En otro orden de ideas, sostiene que dicha pericia mecánica fue valorada de manera inadecuada por el tribunal de sentencia, puesto que sus principales conclusiones no fueron tenidas en cuenta.

En este sentido, explica que es arbitraria la afirmación del a quo que se separa del informe pericial al señalar que el acusado conducía, en realidad, a una velocidad mayor que la de la víctima. Agrega que el tribunal debió indicar porqué las conclusiones científicas del perito eran erróneas. Asimismo, sostiene que el tribunal tuvo por corroborada la velocidad de la bicicleta de la víctima de forma arbitraria, toda vez que las conclusiones del perito fueron descalificadas frente al testimonio de un efectivo policial.

Alude a diversos postulados de la hipótesis del Ingeniero Giambastiani y sostiene que la misma fue avalada por el testimonio de la Oficial Susana Castro. Conforme con ello explica, que la presencia de pedregullo en la zona del accidente impidió que la bicicleta frenase correctamente o que efectuare maniobras de evasión -siendo esta circunstancia algo que la víctima debió advertir-, que la bicicleta de la víctima no era apta para circular en radio urbano y que las trabas que llevaba colocadas en los pedales le dificultaron frenar.

d) Por último en este punto, la defensa realiza precisiones físico-matemáticas y formula postulados con los que afirma: i) que el acusado circulaba a una velocidad menor que la del ciclista, ii) que éste no tuvo posibilidad de advertir la presencia de la bicicleta de la víctima o la motocicleta del testigo Radys, porque estos circulaban a la altura del último tercio del semirremolque de su camión y se encontraban fuera del ángulo de visión del camión, y iii) que el ciclista tuvo espacio suficiente para advertir que el acusado había colocado las luces de giro y para desviar su línea de marcha.

b. Respecto de la presencia de vicios in iudicando, la defensa interpreta que el comportamiento del acusado no puede ser calificado como un supuesto de conducta imprudente.

Entiende que la colocación de las luces de giro revela una conducta prevenida y cuidadosa que le permite a terceros advertir la maniobra que él se disponía a hacer.

Con ello, apunta que el principal responsable por el deceso de Franco Senelatti ha sido Juan Pablo Radys, toda vez que este era el guardador del menor ciclista y puesto que, al no advertir la maniobra de giro del acusado, incumplió su obligación de seguridad. Además indica que, al permitir que el menor circulara a una velocidad de 31 km/h, Radys generó un riesgo que culminó en el resultado lesivo.

Finalmente, explica que fueron el ciclista y Radys quienes realizaron una maniobra de adelantamiento del camión por la derecha y en una encrucijada, violando así lo dispuesto en el art. 42 de la ley de tránsito.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del encartado Omar Sarome Dimarco, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

En primer lugar, respecto de la pretendida vulneración del derecho de defensa, señala que la conducta reprochada al acusado se encontró precisada desde el inicio de la investigación. Así, señaló que el comportamiento que se atribuyó al acusado fue que de manera previa a realizar la maniobra de giro que provocó la muerte de Franco Senelatti, no tomó los recaudos necesarios estipulados en los arts. 48 inc. b) y 52 incs. a) y b) de la ley de tránsito.

Asimismo, señala que durante todo el proceso el imputado estuvo debidamente asistido por un defensor técnico, por lo que no puede sostenerse que recién en la etapa de alegatos y en la sentencia el acusado tomó conocimiento de la conducta que se la reprochaba, y que por tal motivo no pudo defenderse.

Con lo anterior, también indica que no se verifica la vulneración al principio de congruencia, puesto que no ha existido variación significativa alguna en el relato de los hechos, en la calificación o el grado de participación atribuido al acusado.

En segundo lugar, entiende que el tribunal de sentencia realizó un análisis de todas las pruebas reunidas y producidas en la audiencia de debate, incluso las que el recurrente menciona como omitidas, y afirma que el a quo dio claras razones por las cuales arribó a la certeza necesaria para condenar.

En este punto, y respecto del informe elaborado por el Ingeniero Giambastiani y de su declaración testimonial, el Procurador destaca que esos elementos fueron minuciosamente analizados por el a quo y que, luego de ser escuchado el citado ingeniero, la hipótesis incriminante se vio debidamente abonada.

Además, destaca que el testimonio de Juan Pablo Radys –que circulaba junto con la víctima– fue valorado como sincero y veraz, por cuanto fue coincidente con lo declarado oportunamente ante la Fiscalía, con las declaraciones de los funcionarios actuantes y con la declaración de la testigo Greco, como así también con el informe técnico de la Policía Científica.

Advierte que la defensa hace hincapié, en algunos testimonios prestados en la audiencia de debate que aludieron que las luces de giro del camión estaban encendidas, y en que el informe de la Policía Científica dio cuenta que el sistema lumínico se encontraba en funcionamiento. Con ello, indica que no puede interpretarse que la luz de giro haya estado encendida en el momento del suceso criminoso.

No obstante, explica que el hecho de haber encendido la luz de giro no eximía al acusado de cumplir con la obligación de tomar todos los recaudos necesarios antes de realizar la maniobra. En el caso, el asegurarse que en el lugar hacia el que se disponía a girar no circulara ninguna persona.

Respecto de los comportamientos de la víctima y del testigo Radys, señala que fueron debidamente valorados por el tribunal, en la medida en que fueron descartados como contribuciones al acaecimiento lesivo. En este sentido explica que Senelatti estaba autorizado por la ley para circular en bicicleta y que Radys no tenía a su cargo el cuidado de una fuente de peligro, ni deberes de vigilancia, ni se encontraba en posición de garante respecto de la víctima. Asimismo, que a éste no le competía ningún deber de evitar el resultado ante la maniobra intempestiva del acusado.

Finalmente, destaca la conclusión del tribunal a quo al resaltar que fue el imputado quien, al vulnerar los deberes y reglamentos a su cargo, elevó el riesgo ínsito en la conducción de automóviles, creando un riesgo no permitido que se realizó en el resultado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

a. Vicios in procedendo

El primer punto de agravio invocado por la defensa en este marco, mediante el que se critica la pieza fiscal de citación a juicio por no contener una descripción de las reglas de cuidado vulneradas por el acusado, no puede ser recibido favorablemente por los siguientes motivos.

Por un lado, debe decirse que el fondo del planteo abordado en este punto ya fue exhortado por la defensa en ocasión de formular sus alegatos, mediante el pedido de nulidad de la pieza acusatoria obrante a fs. 214/222 y con argumentos que fueron adecuadamente refutados por el tribunal de sentencia. En efecto, al tratar el incidente de nulidad del requerimiento de citación a juicio el tribunal a quo constató que las conductas reprochadas al acusado consistieron en no haber colocado la luz de giro con la debida antelación y en no haber tomado los recaudos necesarios previos a la maniobra de giro realizada, y precisó el modo en que esto resultó violatorio de determinadas normas de la ley de tránsito provincial (ver fundamentos, fs. 268 vta.).

Por otro lado, no puede soslayarse que la parte recurrente no ha explicado de qué manera el derecho de defensa del acusado se ha visto vulnerado, circunstancia que también ha sido sopesada de manera adecuada por el tribunal de sentencia al destacar que «respecto [de la acusación] el propio imputado ejerció materialmente su derecho de defensa, al declarar en el inicio de la audiencia de debate, oportunidad en la que –con sus propios actos– demostró haber comprendido acabadamente los términos de la acusación y la conducta reprochada penalmente, [...] puesto que explicó detalladamente todos los recaudos que habría tomado para realizar la maniobra de giro, detallando paso a paso cada uno de ellos». De lo anterior se desprende, según entiendo, que el recurso de la defensa no contiene argumento alguno capaz de refutar las conclusiones del tribunal en el punto cuestionado, ni mayores precisiones respecto del modo en que la defensa de Omar Sarome se habría visto dificultada, razón por la que el motivo de agravio debe ser desestimado.

Tampoco puede ser recibido el agravio mediante el cual se denuncia una vulneración al principio de congruencia.

En este planteo la parte recurrente sostiene que la omisión del órgano acusador en la comunicación de los deberes objetivos de cuidado vulnerados fue subsanada por el órgano juzgador al enunciar en sus fundamentos deberes de cuidado que no formaron parte de la acusación.

Según advierto, la logicidad de esta idea depende de la validez de aquella otra que sostiene que el acusado y su defensa no conocieron los extremos normativos de la conducta reprochada. Por ello, al rechazarse los postulados de la defensa en este último punto, no existen razones para sostener que el tribunal ha vulnerado el principio de congruencia (ver al respecto lo señalado *ut supra*).

No obstante lo dicho, también debe destacarse que la defensa no ha explicado qué elementos del objeto procesal controvertido por el órgano acusador han sido modificados por el tribunal de sentencia, ni de qué manera la defensa del acusado se ha visto entorpecida por ello, siendo este otro motivo para desestimar el planteo recursivo.

Finalmente en este marco, corresponde analizar los vicios invocados como supuestos de valoración arbitraria del tribunal. Al respecto, considero que los argumentos de la defensa deben ser desestimados.

Mediante el primer punto de agravio en este contexto, la defensa sostiene que el tribunal no valoró una de las circunstancias probadas en favor de la hipótesis defensiva, esto es, que el acusado sí había colocado las luces de giro antes de maniobrar con su camión. Este planteo no puede ser recibido, en tanto que no se condice con las constancias de la causa.

Efectivamente, la inobservancia de la norma que insta a colocar las luces de giro del vehículo antes de realizar una maniobra por el estilo –art. 52 inc. a) de la ley de tránsito–, fue un extremo de la plataforma imputada que el órgano acusador descartó puesto que, conforme con la prueba producida, no pudo acreditarse (ver fundamentos, fs. 268 vta.).

Conforme con ello y con el resto del caudal probatorio incorporado y producido en el debate, el tribunal de juicio no condenó a Omar Sarome por haber inobservado dicho precepto de la ley tránsito, sino por haber incumplido el deber de manejar con cuidado y prevención y teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación –art. 48 inc. b) de la ley de tránsito–, en concreto, por haber girado hacia su derecha sin mirar por el espejo retrovisor y advertir la posición de un ciclista que circulaba por su carril (ver fundamentos, fs.271 vta. y fs. 272).

Lo anterior demuestra que las circunstancias favorables a la defensa en la etapa de debate sí fueron valoradas por el tribunal de juicio, motivo suficiente para desechar el punto de agravio.

Las críticas esbozadas respecto de la valoración de las declaraciones del testigo Juan Pablo Radys, también deben ser desestimadas en esta instancia, toda vez que las contradicciones señaladas por la defensa no tienen la entidad suficiente como para desacreditar el grado de convicción del testigo.

En efecto, según entiendo, las descripciones con las que Radys detalló la mecánica del accidente y que fueron destacadas por la defensa (así, «que la bicicleta lo golpea al camión en la puerta», «que la bicicleta impacta en la punta derecha del camión» o que este «la agarra con la punta derecha, con la rueda delantera»), no tienen diferencias sustanciales entre sí, sino más bien, similitudes.

Además, debe decirse que los dichos del testigo coinciden con los elementos de prueba invocados por la defensa. Precisamente, fue a través del contenido de los informes producidos por la Policía Científica y el Ingeniero Giambastiani que el tribunal a quo llegó a aseverar con certeza que el vehículo embistente fue la bicicleta de la víctima debido a que el acusado invadió su carril de circulación (ver fundamentos, fs. 270 y fs. 271).

Por último en este punto, deben ser descartadas las críticas de la defensa respecto del modo en que fueron valoradas las conclusiones de la pericia mecánica elaborada por el Ingeniero Mario Giambastiani, así como las propuestas propias de interpretación formuladas en esta instancia.

Lo primero, puesto que la sentencia no se ha apartado de manera arbitraria en la valoración de las conclusiones de la pericia mencionada. En efecto, al dar cuenta de sus precisiones y, en concreto, de los puntos referentes a las velocidades de los vehículos, el tribunal explicó por qué, en virtud de otros elementos de prueba producidos en el debate, las precisiones del perito Giambastiani no eran del todo precisas.

Así, en virtud de los dichos del propio acusado y debido a la distancia entre el lugar de impacto y la posición final del cuerpo de la víctima, el tribunal sostuvo que las conclusiones del perito respecto del tiempo de reacción, así como los metros de referencia utilizados en sus operaciones, eran relativos. Con ello, además, puso de resalto que «[...] la velocidad del camión ha sido calculada al momento en que se encontraba realizando la maniobra de giro –para la cual necesariamente tuvo que disminuir la velocidad–, y no al momento en que circulaba en forma recta por Av. Sarmiento» (ver fundamentos, fs. 271).

Sobre la velocidad de la bicicleta de la víctima, por su lado, el tribunal explicó por qué no podía tenerse como un dato cierto el obrante en el informe pericial. En este sentido dijo que, si bien este dato se determinó siguiendo las precisiones del informe de Policía Científica sobre la longitud de la huella de frenada abrasionada que dejó el rodado, resultaba imposible basarse en él puesto que la funcionaria a cargo de dicho informe reconoció en el debate que había sido un error señalar esa abrasión como «de frenada», puesto que en realidad era «de derrape» (ver fundamentos, fs. 271 vta.).

Lo dicho hasta aquí demuestra, según entiendo, que las críticas del defensor recurrente relativas a la valoración de la pericia de parte deben ser desestimadas. Ello puesto que, frente a la solidez de las explicaciones del tribunal, la defensa no ha ofrecido precisiones capaces de demostrar por qué el órgano juzgador se apartó arbitrariamente de los postulados del Ingeniero Mario Giambastiani al analizar las velocidades de los vehículos.

Finalmente, en este marco también deben descartarse las demás propuestas de la defensa, toda vez que significan la reedición de las hipótesis relativas a la mecánica del accidente, ideas que, según se ha dicho hasta aquí, han sido suficientemente desacreditadas por el tribunal de sentencia.

Al respecto, pueden traerse a colación algunas de las conclusiones del tribunal que no han sido debidamente impugnadas por el recurrente en esta instancia. En concreto, que el mismo perito de parte reconoció en audiencia de debate, que las precauciones necesarias para realizar una maniobra de giro son las de verificar que esté expedito el lugar para hacer la maniobra, y que la víctima no tuvo posibilidad de pasar «la encrucijada» por delante del camión, en tanto que los vehículos intervinientes adquirieron rumbos de colisión desde el momento en que se inicia el giro del camión y desde que dicho giro significó un obstáculo para cualquiera que circulara por el carril sur de la Avenida Sarmiento (ver fundamentos, fs. 271 vta.).

b. Vicios in iudicando

Finalmente, deben detallarse los motivos por los que las ideas de la parte recurrente, relativas a la presencia de vicios de tipo sustancial, no han de ser recibidas.

Por un lado, basta recordar lo dicho anteriormente respecto de cuál ha sido el comportamiento indebido que le ha sido reprochado al acusado, para desestimar el argumento que apunta que Omar Sarome se comportó de correctamente al colocar las luces de giro de su camión.

Por otro lado, las líneas argumentativas que intentan lindar la responsabilidad por el hecho lesivo a la pretendida posición de garante de Juan Pablo Radys o al comportamiento riesgoso de la víctima deben ser descartadas puesto que, en esencia, reedita una hipótesis que ya ha sido desatendida adecuadamente por el tribunal de juicio y no ha sido reforzada por el recurrente en esta instancia.

En este sentido, resultó atinada la advertencia del tribunal al indicar que «[...] la velocidad del camión y la señalización lumínica del mismo para realizar la maniobra de giro, no han sido factores determinantes del accidente, y por ende, no conforman los extremos de la imputación del resultado al Sr. Sarome Dimarco en la presente sentencia» (ver fundamentos, fs. 272 vta.).

Por otro lado, las líneas argumentativas que intentan lindar la responsabilidad por el hecho lesivo a la pretendida posición de garante de Juan Pablo Radys o al comportamiento riesgoso de la víctima deben ser descartadas puesto que, en esencia, reedita una hipótesis que ya ha sido desatendida adecuadamente por el tribunal de juicio y no ha sido reforzada por el recurrente en esta instancia. En este sentido, cabe resaltar que el a quo explicó, de acuerdo con la legislación vigente en el momento del hecho, que el joven Franco Senelatti se encontraba autorizado para circular en bicicleta por la vía pública, y que la forma en que lo hizo no produjo un riesgo desaprobado de colisión. Además, que el tribunal respondió

adecuadamente a la pretensión de considerar a Radys como un garante de la seguridad de la víctima, explicando que no había colocado a la víctima en una situación de peligro de manera previa y que no existían a su cargo deberes de vigilancia, seguridad, auxilio o salvamento (ver fundamentos, fs. 272 vta.). Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 201 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dres. Adaro. Adhiere

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Omar Ernesto Sarome Dimarco y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 201 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 04 de octubre de 2019.-

35- MANTOVANI. 10-10-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcMDM.pdf

Lex: Art. 92 en función con los arts. 90 y 80 inc. 1° del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: VG. Lesiones graves dolosas agravadas. Relación de pareja. Relato de la víctima. Traslado con el auxilio de la fuerza pública. Cuestionamiento de la espontaneidad. Prohibición de doble valoración. Valoración de la prueba. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena, por considerarlo autor penalmente responsable del delito lesiones graves dolosas agravadas por la relación de pareja (art. 92 en función con los arts. 90 y 80 inc. 1 del CP.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: (a) si el razonamiento probatorio del tribunal de mérito fue arbitrario y, en consecuencia, resulta aplicable al caso el principio in dubio pro reo; y, (b) si la determinación de la pena realizada no se encuentra debidamente fundada, además de desproporcionada e injusta

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 419, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

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

(C.T.)

Fallo.

CUIJ: 13-04761159-2/1((018601-142319)) FC/ M. D. M. G. P/ HOMICIDIOS AGRAVADOS (142319) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104839048*

En Mendoza, a los diez días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04761159-2/1, caratulada “F. C/ M. D., M. G. P/HOMICIDIO AGRAVADO POR HABER MEDIADO RELACIÓN DE PAREJA ... S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de M. G. M. D. interpone recurso extraordinario de casación (fs. 475/484 vta.; fs. 490/493) contra la Sentencia N° 419 (fs. 448) y sus fundamentos (fs. 451/472), mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de siete años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por considerarlo autor penalmente responsable del delito lesiones graves dolosas agravadas por la relación de pareja (art. 92 en función con los arts. 90 y 80 inc. 1 del CP.) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-142.319/17; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

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

1.- La resolución recurrida

En lo pertinente para resolver la queja interpuesta, el tribunal de juicio tuvo por acreditado que «el día veintinueve de septiembre de 2017 a las 05:00 horas aproximadamente, M. G. M. , alias Chopper, se encontraba junto a su pareja I. D. D. T., con quien convivía desde hacía aproximadamente un mes y medio, en el domicilio ubicado en ..., cuando comenzaron a discutir, que él le exigió que se fuera de la casa y cuando ella le dijo que no, que la dejara permanecer en la vivienda hasta la hora que empezaban a circular los colectivos, M. roció a D. T. con un líquido combustible (alcohol yodado) y posteriormente la prendió fuego. Que dicha acción ocasionó a T. quemaduras en rostro, cuello, tórax, mano derecha, antebrazo izquierdo, y mano izquierda compatibles con quemaduras de tipo A, AB y B afectando el quince por ciento de su superficie corporal y que el tiempo de incapacidad laboral de dichas lesiones, superó el mes de duración» (ver fundamentos, fs. 461 vta.). Para así decidir, tras apartarse de la calificación legal propuesta por el órgano acusador – por la falta de acreditación del dolo homicida–, consideró que aquellos hechos resultaron demostrados en debate más allá de toda duda razonable, a partir del análisis del caudal probatorio rendido en debate. En particular, estimó que el testimonio de la víctima resultó una fuente confiable de convencimiento al descartar en él contradicciones internas y, además, por contar con respaldo objetivo y subjetivo en diversos elementos probatorios externos que acompañaron la causa; instrumentos de prueba que, en su conjunto, le permitieron corroborar las circunstancias fácticas que fueron narradas en juicio por la denunciante, y, a su vez, descartar la versión exculpatoria propuesta por la defensa.

2.- Recurso de casación

La defensa del enjuiciado impugno la sentencia antes individualizada en razón de lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del art. 474 del C.P.P., en tanto entiende que se encuentra viciada por defectos de naturaleza in iudicando como in procedendo. Desde la perspectiva de lo que suponen los vicios formales –in procedendo–, considera que la valoración de los elementos de prueba efectuada por el tribunal de juicio es errada, arbitraria y contraria a los postulados de la sana crítica racional. Ello en tanto la resolución en crisis se aparta infundadamente de las circunstancias que se han tenido por probadas conforme la propia sentencia, parcializa el análisis de los testimonios recibidos, margina prueba legítimamente incorporada y, por último, se apoya sólo en la voluntad de órgano juzgador. Por todo lo cual, estima que la sentencia no alcanza a justificar la solución condenatoria, ante la orfandad probatoria alegada. Manifiesta que el tribunal de sentencia nunca dejó de lado, pese al cambio de calificación, su «prejuzgamiento» en cuanto al posible tipo penal de homicidio en grado de tentativa; y que de allí se desprende la elevadísima escala penal aplicada, rozando la misma el mínimo previsto para el delito de homicidio simple. En el marco descripto, como primer y fundamental motivo de agravio, el recurso trae a colación el contenido de la declaración efectuada por la víctima durante la audiencia de debate. Según señala el letrado defensor, su testimonio no puede ser catalogado como «espontáneo» como lo califica el a quo, ya que éste sólo pudo concretarse luego de que su presencia al juicio oral sea requerida a través de la fuerza pública.

Advierte que resulta erróneo que la sentencia considere que los términos de su exposición son «creíbles», ya tanto existen elementos de prueba que los desacreditan; situación que revela la parcialidad con la que el tribunal ponderó su relato y, además, demuestra el «apañamiento» que se realiza actualmente sobre las supuestas víctimas de violencia de género o por la única condición de ser mujer. En este aspecto, el recurrente destaca que la víctima declaró en varias oportunidades acerca de lo ocurrido, pero de forma contradictoria, ya que primero dijo que ella misma se había rociado con el líquido inflamable, para luego mutar su declaración y decir, ya en su cuarta declaración, que fue el imputado quien la roció.

Sobre este punto cuestiona que el tribunal de juicio no analizó la prueba en su conjunto, ya que no tuvo en cuenta que, del audio de whatsapp ofrecido durante el juicio, y admitido como prueba, surge claramente que T. le admitió a M. –quien se encontraba detenido– que el cambio de su declaración anterior obedecía a que había un primo que quería hacerle daño, a quien al final de la conversación, y ante la insistencia de su asistido, nombró como «Gastón». Considera que la falta de credibilidad de la víctima resulta, también, del estado en el que se encontraba, puesto que ella admitió que al momento de los hechos consumió bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes; situación que también fue corroborada por su hermana. Por otro lado, se queja de la errática valoración de la deposición de la víctima en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos, yerro que surge de no haber considerado debidamente una nueva equivocación incurrida por la víctima al desmentirse de sus anteriores declaraciones. En ese sentido, estima que no es posible tener por cierto –como lo hace el tribunal de juicio– que T. se encontraba parada cerca de la puerta de ingreso al domicilio cuando fue rociada –de arriba hacia abajo– con alcohol yodado. Esta conclusión fáctica contradice las declaraciones anteriores de la víctima, cuando detalló que en ese momento se encontraba sentada curándose los pies con alcohol –situación que de acuerdo a cómo se encontró quemado y dañado el sillón tendrían sentido–. Considera que resulta imposible materialmente la interpretación extensiva que realiza el tribunal de grado en total violación de las normas de la sana crítica, ya que si se encontraba parada, como lo refiere en su última declaración, y no sentada sobre el sillón, no se explicaría la forma de quemadura que adquirió el sillón, como puede apreciarse en

las fotografías de fs. 10/12. Es por ello que, para la defensa, quedó probado que el cuerpo de T. se encontraba yaciendo en el sillón al momento de la incineración, sea que ésta haya sido provocada por negligencia de la misma o por la acción de un tercero. Con lo cual, esta situación viene a demostrar que la víctima mintió nuevamente respecto a lo supuestamente ocurrido, lo que hace aún más increíble su relato. Como segundo punto de agravio, se queja de la interpretación extensiva que realiza el órgano sentenciante de la declaración del Oficial R., quien al ser interrogado acerca de la mecánica del hecho, sólo formuló al respecto un juicio hipotético, que no puede ser considerado prueba certera de culpabilidad. Tampoco el informe de bomberos de fs. 68/71 en el que se hace referencia a que, ante la duda, se trató de un «hipotético intencional», lo que le resta seguridad. Y, por último, cuestiona la interpretación del tribunal sobre el hallazgo de dos encendedores dentro del domicilio, ya que entiende que resulta agravante porque en la mayoría de los hogares es posible encontrar ese tipo de elementos. En tercer lugar, objeta que se utilice como prueba en la sentencia, la declaración de la hermana de la víctima, quien no estuvo presente en el momento ni en el lugar del hecho, que no tenía una excelente relación con su hermana y, además, tampoco quería a M.. De allí que se trata de un testimonio que nada aporta a la causa. En cuarto lugar, resalta que el tribunal desvirtuó injustamente el audio de whatsapp ya que, por un lado, dijo que no se tenía conocimiento de la fecha del mismo pero, por otro, lo tomó como prueba para acreditar que hubo una comunicación entre el imputado y la víctima mientras aquel se encontraba detenido. Con lo cual, este es otro dato que comprueba la mendacidad del testimonio de T., quien negó haber mantenido comunicación o contacto físico con M. desde el hecho. En definitiva, concluye que lo único que ha quedado debidamente probado es que T. sufrió lesiones, pero que resta determinar quién las causó, ya que los hechos indiciarios en los que se basa el tribunal de grado fueron debidamente desacreditados por la defensa durante el juicio oral.

Al continuar con la exposición de los motivos de agravio, ya desde la órbita de los vicios sustanciales –in iudicando–, el remedio casatorio refiere una errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

En primer lugar, aduce que la falta de prueba para acreditar la acusación delictiva en orden a la autoría del imputado sobre el hecho enrostrado, determina la aplicación del art. 2 del CPP. y, en consecuencia, la absolución de su asistido. En forma subsidiaria, la defensa se agravia en virtud del quantum de pena individualizado. Señala que el mismo es arbitrario y desproporcionado ya que no respeta las pautas moderadoras establecidas en el artículo 41 del Código Penal. Por lo que solicita la aplicación de la pena mínima establecida para el delito de lesiones graves agravadas por el vínculo.

En este sentido, arguye que la sentencia incurre en una doble ponderación o doble juzgamiento en lo que respecta a la agravante prevista en la ley, cuando valora la gravedad del hecho para apartarse del mínimo legal establecido para el delito endilgado a M., siendo que el dolo de homicidio no fue probado.

Cuestiona que los sentenciantes consideran que debe agravarse la penalidad porque el acusado optó por un medio lesivo extremadamente aflictivo y, además, en atención al tipo de tratamiento que tuvo que realizar T., siendo que ello ya está contenido en el delito de lesiones graves (art. 90 del CP.), por el que se agrava la pena prevista de las lesiones leves (el art. 89) para los casos en que la lesión inutiliza para el trabajo por más de un mes.

Expresa que la arbitrariedad también queda de manifiesto cuando se valora negativamente la vulnerabilidad de la víctima al momento del hecho, siendo que en otros pasajes de los fundamentos del fallo el tribunal a quo afirma que «...se encontraba con capacidad inmediata de auto defensa frente al ataque». Finalmente cuestiona que no se valoraron aspectos que gravitarían positivamente, como el número de hijos del imputado –al momento del hecho era padre de cuatro hijos, mientras que cuando se

dictó la sentencia, ya había nacido su quinto hijo—; su edad —treinta años— y, por último, circunstancias de visu, entre las que destacó que el acusado se presentó en todas las audiencias de forma alineada, aseado y prolijo y, además, siempre se refirió al tribunal con respeto. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal

El representante del Ministerio Público Fiscal, al analizar los agravios formulados por la defensa técnica del imputado, entiende que el recurso debe ser rechazado, debiendo confirmarse la sentencia impugnada. En cuanto tiene que ver con los vicios in procedendo alegados, afirma que la parte quejosa, además de manifestar su discrepancia con la interpretación dada al plexo probatorio, pretende la valoración aislada de ciertos indicios buscando restarle de esta manera la fuerza convictiva que surge de su análisis conjunto. No obstante ello, advierte que el a quo ha analizado minuciosamente la prueba rendida, valorando detalladamente las testimoniales y cotejando las mismas con abundante prueba instrumental agregada en autos. Resalta que el tribunal de sentencia asignó credibilidad al testimonio de la víctima, confrontando la ubicación en el espacio que se extrae de su relato, con las respectivas fotos y el acta de inspección ocular de fs. 2 vta.

Manifiesta que las contradicciones en sus declaraciones fueron aclaradas en la sentencia, donde también se las valoró y calificó como coherentes con el contexto en que fueran emitidas, atento a las presiones por parte del imputado. Señala que en la resolución impugnada se acreditó que el alcohol fue «rociado» sobre el cuerpo de la joven, contradiciendo la versión defensiva de que ella estaba curándose los pies y que al prender un cigarrillo se inició el incendio.

A ello agrega el indicio de credibilidad que surge del hallazgo del encendedor, ya que la víctima dijo que el imputado inició el fuego con dicho elemento, como también, el contenido de la historia clínica de donde se extrae la localización de las lesiones. En orden a los supuestos vicios in iudicando denunciados, sostiene que no resulta aplicable el art. 2 del CPP.

Expresa que la pena aplicada se encuentra debidamente fundamentada, siendo válida la referencia efectuada por el tribunal de juicio a la gravedad del hecho realizado y al medio lesivo empleado. Descarta que haya existido una doble valoración de aquellos extremos, al advertir que no podrían a priori equipararse, a los fines de la determinación judicial de la pena, lesiones graves causadas por golpes de puño, por ejemplo, con aquellas causadas por un incendio intencional. Por lo que, estima, la dimensión afflictiva causada no fue valorada caprichosamente, sino analizando la historia clínica de la paciente.

Menciona que los aspectos positivos no fueron omitidos, ya que se contempló incluso las acciones del encartado tendientes a sofocar el fuego y procurar la asistencia de la víctima. Puntualiza en que la pena impuesta no resulta excesiva, ya que se encuentra ubicada dentro de la escala legal prevista para el grave delito endilgado, siendo además proporcionada al injusto cometido. Concluye en que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada esté contradictoriamente motivada, o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria; por lo que, en definitiva, el planteo defensivo resulta infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de censura expuestos por el abogado defensor del imputado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso de casación articulado. Ello por las razones que serán detalladas a continuación.

Según entiendo, los agravios planteados en el recurso de la defensa se traducen en las siguientes cuestiones a resolver: (a) si el razonamiento probatorio del tribunal de mérito fue arbitrario y, en consecuencia, resulta aplicable al caso el principio in dubio pro reo; y, (b) si la determinación de la pena realizada no se encuentra debidamente fundada, además de desproporcionada e injusta.

a. Vicios in procedendo.

Consideraciones en orden a la **valoración de la prueba** cuestionada por la defensa Como agravio casatorio central, el recurrente plantea que el tribunal de grado valoró en forma arbitraria el material probatorio obtenido en el proceso pues, según afirma en su recurso, los elementos reunidos no resultan suficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar al dictado de una sentencia condenatoria.

En ese sentido, sostiene que la sentencia aquí impugnada no constituye una derivación razonada de las constancias de la causa, en tanto el tribunal de mérito omitió valorar prueba legalmente incorporada y porque, además, aquella que valoró lo fue de modo parcial y extensivo, en contraposición a los postulados de la sana crítica racional.

No comparto el planteo sostenido por el recurrente. A mi modo de ver, las pruebas producidas en el debate, aunadas a las incorporadas al juicio, determinan un plexo probatorio suficiente para arribar a un juicio de certeza sobre la existencia material del hecho intimado –en las circunstancias comprobadas de tiempo, lugar y modo- y la autoría que le cupo al acusado sobre ellos.

Contra lo argüido por la defensa, advierto que no se presenta en la sentencia bajo examen ningún déficit de motivación. Tampoco un vicio o defecto en el análisis de ese cuadro probatorio que importe una vulneración a las reglas de la **sana crítica racional** (arts. 206 y 409 del CPP.), y de sus postulados de libre convicción sobre la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia –identidad, no contradicción y tercero excluido–, derivación –razón suficiente–, y, por último, los incontrastables de las ciencias y de la experiencia común.

Concretamente, y a modo de adelanto, considero que existen buenas motivos para confirmar el razonamiento expuesto por el a quo en la resolución en crisis, desde que concurren una serie de elementos que, analizados en conjunto, le dan sentido a la hipótesis inculpativa formulada en la sentencia.

Si bien el acusado ha ofrecido una versión alternativa de claro sesgo exculpatorio, creo que la prueba colectada demuestra la veracidad de la hipótesis acusatoria. Efectuadas esas observaciones generales y siguiendo el orden del recurso presentado, corresponde ahora explicar la solución adelantada.

a.1. Acerca de la valoración –arbitraria– del testimonio de la víctima

El primer agravio esgrimido por la defensa del enjuiciado aparece encaminado a poner en tela de juicio el peso convictivo que la sentencia le reconoce al **relato de la víctima**.

Para ello, advierte que sus dichos resultaron erróneamente interpretados por el tribunal de grado anterior, quien no tuvo en cuenta durante la tramitación de la causa expuso versiones contrapuestas acerca de los sucesos investigados. Además, que su comparencia a la sala de juicio sólo resultó posible mediante el auxilio de la fuerza pública y que, por último, al momento del hecho había ingerido bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes. Todos estos aspectos –según la tesis defensiva– impiden reconocerle a la versión por ella aportada, el grado de espontaneidad y de credibilidad que le atribuyen los sentenciantes, en tanto principal prueba de cargo.

Difiero sustancialmente sobre este punto con el recurrente, por cuanto considero que la sentencia impugnada aborda adecuadamente esta cuestión, para luego arribar a una conclusión que luce sólida,

fundada y razonable. Por lo que, a mi modo de ver, el agravio casatorio así propuesto debe ser rechazado. Veamos. Cierto es, como lo afirma la defensa, que el a quo construyó su silogismo deductivo incriminante tomando como base la declaración que I. D. T. realizó durante la audiencia de debate, a la que le asignó un valor convictivo preponderante.

Para corroborar su versión, y justificar el sentido convictivo asignado, analizó y explicó íntegramente todo su relato, para concluir en que los dichos aportados por la víctima durante el juicio oral, contenían la verdadera versión de lo acontecido.

Ello en detrimento, como se verá, de la versión original brindada durante la etapa de investigación, en la que hablaba de un evento de naturaleza accidenta, que a la postre se constituyó en la principal –y única– hipótesis alternativa sustentada por el propio enjuiciado y su defensa. No comparto con el recurrente la consideración relativa a que esa decisión es arbitraria y decisionista, puesto que, para comprobar su versión, reparó no sólo en su consistencia interna, sino también, en el hallazgo de elementos periféricos que corroboran los extremos de su declaración.

En efecto, de la lectura de los fundamentos de sentencia se desprende que el a quo apreció y explicó debidamente que la certeza respecto de la credibilidad de la víctima surgía, en primer lugar, de la concordancia de su testimonio con el acta de inspección ocular de fs. 2 vta., y del material fotográfico de fs. 10/13.

Estos elementos objetivos le permitieron tener por cierto que, como lo dijo la dicente, al momento en que ocurrieron los hechos se encontraba cerca de la puerta de ingreso a la propiedad y de la ventana.

Este dato relativo a su ubicación, también fue apreciado en relación a los daños verificados en algunos objetos de la vivienda, tales como el sillón de dos cuerpos que había en ese lugar, como también, sobre las cortinas que cubrían aquellas ventanas; elementos que se encontraran efectivamente quemados.

En segundo lugar, el tribunal consideró la correspondencia del testimonio de la víctima con la declaración de la madre del imputado –C. D.–, quien luego de decir que era enfermera de profesión, sostuvo que el alcohol yodado estaba en una botella de Fanta de 500 ml, pero que en realidad no tenía más de 300 ml porque había estado haciendo unas curaciones días antes con él. Desde allí, la sentencia destacó que, aún perteneciendo a distintos flancos de intereses, ambas «coincidieron en que el líquido inflamable se encontraba dentro de una botella de gaseosa de medio litro» (ver fundamentos, fs. 462 vta.).

Por su parte, los sentenciantes analizaron la mecánica de los hechos descripta por la víctima, entrecruzando su versión con los dichos del testigo R. R., quien se desempeñaba como personal del cuerpo de bomberos, y con el informe que rola agregado a fs. 68/71, incorporado como prueba a la causa. En este sentido analizó la concordancia del relato incriminatorio con la descripción de los vestigios que fueron tomados como base para sustentar la hipótesis de “suceso intencional” por personal de bomberos.

A su vez, como otro factor de confiabilidad del relato de la víctima, el órgano juzgador consideró el hallazgo de dos encendedores en el lugar del hecho por personal de policía científica –ver fs. 169/173–, ya que «confirma que en la escena del hecho se encontraron elementos como los que la víctima adjudica a su agresor haber usado en la ocasión».

Al respecto estimó que si bien la falta de profundidad en la investigación sobre esos objetos impedía asegurar que alguno de ellos fue efectivamente manipulado por M., ello no resultaba óbice como para estimar ese descubrimiento como un indicio a favor de la credibilidad del testimonio de T., «en la medida que lo que ella afirmó –que M. inició el fuego con un encendedor- tiene respaldo en los hallazgos del lugar...» (ver fundamentos, fs. 463). En otro orden, analizó el respaldo probatorio a la versión de la víctima a partir de la historia clínica remitida por el Hospital Lagomaggiore –nosocomio donde se le realizaron las

atenciones médicas luego del hecho– y, también, con el testimonio de la médica del Cuerpo Médico Forense –Dra. ...–.

Estos elementos fueron empleados para confirmar el ingreso de T. al hospital y, además, dentro de la clasificación médica de las quemaduras, el tipo que presentaba –“A, AB y B”–, y su localización física – rostro, cuello, tórax anterior, ambas manos y antebrazo izquierdo–.

Por último, interpretó que **la fiabilidad del relato de la víctima** también resultaba de los estudios psicólogos que le fueron realizados tanto a ella como a su entorno familiar, por parte de las profesionales del Equipo Profesional Interdisciplinario (E.P.I.). En efecto, valoró que la Lic. Lemos sostuvo ante el tribunal que en la evaluación realizada a T. se determinó –y consignó en el informe– que el relato de la misma presentaba indicadores de confiabilidad y de credibilidad.

Pero además de ello, evaluó que fue la misma profesional quien, al ser entrevistada sobre las bases de aquel informe resaltó, por un lado, la «concordancia inter relatos; es decir, la congruencia entre el testimonio de la examinada y el de los familiares allegados a la misma, como su madre y hermana- quienes fueron entrevistadas por separado y en distintos tiempos–»; y, por otro, «el correlato emocional detectado en la Sra. T., como la angustia, el intenso temor que se observaba en ella ... que tienen que ver con la verosimilitud del relato», aspectos que fueron «observados y/o constatados por este tribunal» no como motivos de credibilidad del relato de la testigo en sí, sino como «razones de confianza en el dictamen forense» (ver fundamentos, fs. 463 vta.)

De la breve reseña efectuada, se advierte que el tribunal valoró y explicó concretamente la prueba en virtud de la cual obtuvo, acertadamente, certeza respecto de la credibilidad de los dichos de la víctima. Análisis pormenorizado que, por la prolijidad del desarrollo argumentativo efectuado y, además, por la razonabilidad de las inferencias efectuadas, me lleva a compartir por completo sus conclusiones. Frente a ello, la defensa pretende desmoronar la credibilidad que se le reconoce en la sentencia impugnada a la declaración judicial de la víctima, haciendo valer las contradicciones en las que incurrió T. en sus diversas versiones acerca de lo ocurrido.

En relación a este punto, entiendo que el tribunal de juicio dedicó varios pasajes de los fundamentos del fallo a tratar esta cuestión, párrafos a través de los cuales explicó –acertadamente a mi juicio– las razones que provocaron el cambio de versión de la víctima y, además, el análisis probatorio que arrojó los argumentos necesarios para juzgar que «la versión originaria de T. relativa a la accidentalidad del evento –a la postre constituida en hipótesis principal de la defensa– no solo no se mantuvo en el tiempo sino que, además, la misma carece de capacidad explicativa en el contexto probatorio» (ver fundamentos, fs. 464). Dentro de esa perspectiva de análisis, ponderó la inicial autoinculpación de T. y la consecuente exculpación de M. como mecanismo originario de cobertura, se explicaba dentro del contexto de situación en que fueron emitidas sus diversas declaraciones.

En particular, los sentenciantes justificaron el silencio originario en las amenazas sufridas por la víctima de parte del enjuiciado, cuadro de situación que fue advertido por la psicóloga de la terapia intensiva del servicio de quemados del nosocomio en que fuera atendida –Lic. Garro–, quien aseguró que la víctima le confirmó que M. la amenazaba con sus hijos, y que por ello no quería denunciarlo.

Además, la psicóloga del E.P.I. –Lic. Lemos– también declaró que D. T., al tiempo de ser entrevistada, le dio la misma información acerca de lo ocurrido y sobre las presiones que ejercía M. sobre la entrevistada para asegurarse su impunidad; a lo que agregó que, desde el mismo entorno familiar de la víctima, pudo saber que ésta había confesado durante su estadía en el hospital que su pareja le había arrojado alcohol

yodado y que tenía temor porque la había amenazado que iba a hacer lo mismo con sus hijos (ver fundamentos, fs. 465).

Pero además de las razones que provocaron que la víctima asumiera esa posición luego de acaecidos los hechos, el tribunal también analizó de qué manera atravesó el proceso que culminó con la revelación de la historia real. En efecto, en la sentencia se resalta que ante su hermana –V. C. T.- y frente a la Lic. Luisa Garro–, luego de encubrir inicialmente a su pareja, sucedieron hechos detonantes que sirvieron de «impulso a la retractación; en el caso de su hermana fue el anuncio por parte de ésta de que la familia no creía su versión original, en el caso de la psicóloga, un momento de extrema aflicción física, como fue el llamado baño terapia» (ver fundamentos, fs. 465).

De este modo el argumento de la defensa constituye un mero intento de aislar fragmentos de la declaración de la víctima, a los fines de descontextualizar los puntos sólidos de aquella. Sin embargo, la versión inculpativa de D. T. es lo suficientemente sólida como para tenerla por valedera.

Descartado el efecto invalidante a las contradicciones señaladas, la defensa alega que el testimonio de la víctima carece de credibilidad porque ella misma afirmó que consumió bebidas alcohólicas y estupefacientes en el momento en que ocurrieron los hechos. Tampoco le asiste razón al recurrente sobre este punto, ya que apreció que la confiabilidad del contenido testimonial de su relato no resultó afectada por la circunstancia referida.

En efecto, estimo que, al igual que en otros factores personales, no se puede partir, en la generalidad de los casos, de un criterio a priori, sino que la importancia y validez del testigo debe ser evaluado en cada caso particular.

De allí que no sólo la defensa no demuestra de qué manera ese estado personal pudo haber incidido en la percepción de los hechos por parte de T. sino que, además, del modo en que resulta reflejado en los párrafos anteriores, el grado de credibilidad reconocido en la sentencia resulta la emergente razonada de la apreciación de un conjunto de factores que sirvieron para respaldar la versión inculpativa, y que no se ven alcanzados por un determinado estado emocional o físico de la declarante.

En definitiva, considero que las premisas de las que partió el tribunal de grado para concluir en la verosimilitud de su declaración, permiten reconstruir el silogismo seguido por el a quo como una operación lógica interpretativa absolutamente respetuosa de los principios que conforman el sistema de la sana crítica racional, cuyo apartamiento tampoco ha podido aquí demostrar la parte recurrente. Con lo cual, la decisión del a quo sobre este punto se presenta como razonable, adecuadamente fundada, motivada y ajustada a las reglas de la sana crítica.

a.2. Respecto a la valoración parcial y omisiva de prueba legalmente incorporada

En otros pasajes de su recurso, la defensa se queja que los sentenciantes valoraron la prueba de manera parcial, dejando de lado prueba fundamental, ello con la intención de condena (ver recurso, fs. 476 vta.). Sin embargo, entiendo que tales argumentos no se condicen con las constancias de la causa y, por ello, tampoco pueden tener acogida favorable en esta instancia de revisión extraordinaria.

En cuanto a la crítica defensiva sobre la interpretación que realiza el tribunal sobre el testimonio del Oficial R. y del informe pericial del cuerpo de bomberos (fs. 68/71), advierto que, con ello, el letrado defensor sólo plantea una mera discrepancia personal con la labor intelectual que realiza el tribunal de juicio sobre esos elementos de prueba, por ser adversa a los intereses que representa y que devienen en opiniones del quejoso huérfanas de sustento en autos.

En este sentido, considero que el recurrente no brinda una explicación capaz de aclarar en qué consistió la indebida apreciación de los dichos del testigo. Además parece soslayar el contenido íntegro de su declaración, cuyos términos deben ser entrelazados necesariamente con el informe referenciado precedentemente.

Al respecto, debe decirse que el tribunal a quo puntualizó que el testigo dijo que el combustible fue arrojado de modo descendente, es decir, de arriba hacia abajo, y que si bien se había expandido por diversos sectores, los que presentaban un goteo del líquido, sólo las partes más comprometidas se habían prendido fuego. Desde allí, y tras destacar con insistencia que se constató un “goteo de combustible”, los sentenciantes estimaron que «esos datos tomados de la escena del suceso, se corresponden con lo sostenido por la Srta. T. coincidente con la hipótesis fiscal–, es decir, que M. roció el alcohol sobre su cuerpo o parte del mismo; y no con la versión originaria de aquella –tesis principal de la defensa– consistente en que ella estaba curándose los pies y que al prender un cigarrillo se inició accidentalmente el proceso de ignición» (ver fundamentos, fs. 462 vta.).

Desde allí que, tras constatar que la credibilidad de su testimonio no ha sido debilitada, que tampoco ha sido cuestionada la validez del informe pericial aludido, no puede más que avalarse la valoración realizada en la sentencia sobre estos elementos de prueba.

Lo mismo cabe reflexionar acerca del hallazgo de los dos encendedores, ya que esta circunstancia fue considerada por el a quo como un indicio más de credibilidad del testimonio de la víctima, en tanto permitía darle apoyatura probatoria a la versión de T. cuando dijo que M., luego de rociarla con el líquido inflamable, utilizó un encendedor para provocar la ignición. No se advierte de qué modo esa interpretación pudo haber provocado una situación agravante para el imputado, del modo en que lo postula el recurrente. También se queja la defensa de que se valoró el testimonio de la hermana de la víctima, siendo que ésta no estuvo presente en el momento ni en el lugar del hecho.

Al respecto vale la pena aclarar que, dado el contexto fáctico en el que se desarrolló el evento criminoso, resulta obvio que no existan otras fuentes subjetivas directas de información más allá de la víctima y del victimario. Pero esta circunstancia no impide per se considerar la información que, sobre el suceso investigado, puedan aportar otros testigos indirectos del caso.

Así sucede con los datos aportados por la testigo V. C. T., cuyo relato fue debidamente ponderado por los sentenciantes, como elemento periférico de comprobación de la versión inculpativa de la damnificada. De este modo, advierto que la parte recurrente también en este punto efectúa una consideración fragmentaria de los elementos de prueba considerados por el tribunal de mérito para sustentar la conclusión que aquí se embate, lo que motiva el rechazo de los agravios planteados.

a.3. Conclusión acerca de la labor axiológica que realiza la sentencia

Si partimos de la base de considerar que la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al tribunal de juicio tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio, y efectuar dicha ponderación conforme los postulados de la sana crítica racional, siempre dentro del contexto que resulta propio al delito juzgado, resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran, debe contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado y, en función de éste, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia.

Por lo que resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio, o bien, que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquel, tal como sucede en el sub iudice. Por lo tanto, tras

verificarse que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de sentencia en orden a la determinación de la materialidad ilícita del hecho juzgado –en aquellas circunstancias fácticas demostradas–, y respecto de la autoría del acusado, encuentran suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo relevado y debidamente ponderado, estimo que la queja en cuanto a la valoración probatoria debe ser rechazada.

b. Vicios in iudicando.

b.1. Sobre la posible aplicación al caso del principio in dubio pro reo.

En otro tramo de su impugnación, la parte recurrente se queja de la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, al considerar que el tribunal de grado no aplicó el principio del in dubio pro reo. Para sustentar su argumento, alega que la prueba colectada y –a su criterio– erróneamente valorada por el tribunal a quo, no permite tener por probada la acusación fiscal.

Desde allí reclama la absolución de su asistido como derivación necesaria de la aplicación del mentado principio. No comparto la queja casatoria desde que esa posibilidad no resulta factible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho.

Al respecto, considero que duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde «razonable» equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.

Así, de acuerdo a lo analizado en el acápite precedente, resultó demostrado que el tribunal de juicio, en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria que requiere el dictado de una sentencia de condena –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente.

De este modo, concluyo, el hecho y la intervención del acusado en el mismo han sido acreditados más allá de toda duda razonable.

b.2. Acerca de la fundamentación del monto de pena aplicado al imputado

Preliminarmente debe decirse que, si bien la defensa ha aludido a la presencia de vicios de carácter sustancial, lo cierto es que la esencia de sus planteos en este tramo de la impugnación, radica en una disconformidad con el modo en que el tribunal de juicio valoró los elementos de prueba incorporados a la causa para determinar la pena aplicable.

En concreto, el recurso de la defensa permite identificar dos puntos de agravios. Por un lado, aquél que critica al tribunal por considerar que éste ha vulnerado **la prohibición de doble valoración**, y, por otro lado, el punto referido a la **errónea valoración de las circunstancias atenuantes** de penalidad.

Desde allí, postula que el quantum punitivo es arbitrario y desproporcionado ya que no respeta las pautas moderadoras establecidas en el artículo 41 del Código Penal y, en consecuencia, solicita subsidiariamente la aplicación de la pena mínima establecida para el delito de lesiones graves agravadas por el vínculo. Ambos puntos de impugnación deben ser desestimados.

Respecto del primero de ellos, debe decirse que el recurso circunscribe la fundamentación de este punto de crítica a señalar que el tribunal de sentencia incurre en una doble valoración al momento de determinar el monto de la pena, en cuanto agrava el quantum punitivo aplicado tras considerar –doblemente– la elección de un medio lesivo extremadamente afflictivo por parte del imputado, siendo que éste elemento

ya estaría considerado dentro de la figura delictiva utilizada para encuadrar la conducta reprochada – art. 90 del CP.–.

En este punto de la sentencia, según se advierte, el tribunal se ha desenvuelto de modo adecuado, toda vez que ha valorado los aspectos constatados en el tipo penal sólo en términos de intensidad para hallar el sentido reprochable del delito cometido por M. M. (ver fundamentos, fs. 471 y vta.).

Así, el órgano juzgador se avocó a la individualización material de la pena a imponer, tomando en consideración la concurrencia de ciertos elementos que le permitían alejarse del mínimo legal –tres años de prisión–, destacando no sólo la gravedad del hecho realizado sino, además, la utilización de un medio lesivo extremadamente lesivo pero, considerando este último aspecto en función de la extensión del daño causado, en su dimensión afflictiva –a nivel físico y emocional–.

A lo cual agregó, por último, la vulnerabilidad de la víctima en el momento del hecho, derivado de lo inesperado que resultó para ella el ataque de su pareja, en tanto circunstancia que también acrecentaba el contenido de injusto. Por estas razones, y a falta de mayores precisiones que expliquen en qué punto el tribunal de juicio ha sido arbitrario, la crítica debe ser desestimada.

Tampoco pueden ser acogidos los argumentos que fundan el segundo aspecto de la crítica recursiva. Se comparte aquí el análisis que realizara el tribunal de instancia anterior en cuanto a la ponderación que hace respecto de cada uno de los extremos del hecho para interpretarlos a la luz de los criterios establecidos por los arts. 40 y 41 del CP. Esta actividad permite descartar rápidamente cualquier aplicación meramente formal o en abstracto de los principios establecidos en la ley.

Es así como el tribunal de sentencia ponderó, como elementos con virtualidad para atenuar la reacción penal frente al delito cometido, por un lado, que se trató de un hecho aislado en la vida de M., aspecto que fue destacado en la sentencia al considerarse que «...sólo en esta ocasión (bajo la influencia de algunas circunstancias, como la del consumo de estupefacientes y alcohol) desvió su comportamiento», situación que, a criterio de la sentenciante «... permite confiar en una mayor permeabilidad a los objetivos de reinserción social que persigue la pena ... y, por ende, en una menor necesidad de tiempo para conseguirlos».

Por otro lado, también en la sentencia se meritó positivamente la conducta posterior al delito asumida por el encartado, esto es, «... las acciones del mismo tendientes a sofocar el fuego y a procurar la asistencia de la víctima Estas acciones han importado una reparación parcial de las consecuencias de su hecho y por ende el dato no puede obviarse si se pretende respetar el principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva».

Por último, valoró acertadamente las circunstancias personales del enjuiciado, tales como la existencia de hijos menores, aspecto que, más allá de su cantidad, fue considerado positivamente en función de la responsabilidad que funda la paternidad, como «... aliciente para comprometerse con el proceso de resocialización, y consustanciarse con la responsabilidad de no reincidir».

A lo expresado cabe agregar que tampoco la defensa explica las razones por las cuales las atenuantes que menciona, es decir, que el imputado no tiene sólo tres hijos, sino actualmente cinco, su edad y las circunstancias de visu señaladas, tienen tal magnitud como para demostrar la desproporción pretendida. Ni tampoco porqué deben reflejarse en una pena menor y más cercana al tramo inferior de la escala legal. Tal como lo he sostenido en oportunidad de pronunciarme al respecto, considero que «la valoración de las pautas atenuantes no puede medirse en sí misma, de manera abstracta exclusivamente, sino en su relación con las agravantes ponderadas ... la defensa debe demostrar la incidencia de las atenuantes reclamadas vinculadas con todas las agravantes que consideró el tribunal ...» (in re “Saldívar”).

En definitiva, la sistematización del acápite de la sentencia destinado a la individualización de la pena permite apreciar el iter argumentativo del a quo como una deducción lógica de las premisas fácticas y jurídicas previamente asumidas. Mientras que, por el contrario, es la propuesta de la defensa la que no encuentra asidero en las constancias de la causa, que al postular los motivos de su impugnación sólo realiza una lectura aislada y parcial de la prueba incorporada.

Estas circunstancias sugieren que, lejos de demostrar un proceso argumentativo arbitrario en la valoración del tribunal, el punto de agravio implica un diverso punto de vista que no puede ser recibido en esta instancia recursiva.

c. Conclusión

Por todo lo expuesto, y opinión concordante del Sr. Fiscal Adjunto en lo Penal, entiendo que el recurso de casación presentado por la defensa de M. G. M. D. debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 419 proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 475/484 vta. y fs. 490/493 por la defensa de M. G. M. D. y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 419 proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos, obrantes a fs. 451/472.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de octubre de 2019.-

36- ESQUIVEL. 10-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcEsquivel.pdf

Lex: Art. 79 y 41 bis CP. Art. 416, inc. 4°, 474 del CPP.

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Autoría. Arbitrariedad.

Summa:

La **Cuarta Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión**, declarándolo reincidente.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3480, pronunciada por la Cuarta Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 2)- 1° CJ.

Precedentes citados

a.-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177

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

(C.T.)

Fallo.

CUIJ: 13-04760045-0/1((018601-12167)) FC/ ESQUIVEL DIAZ SEBASTIAN ALBERTO P/HOMICIDIO AGRAVADO (12167) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104837872*

En Mendoza, a los diez días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04760045-0/1 caratulada “FC/ ESQUIVEL DIAZ, SEBASTIÁN ALBERTO ...P/HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/CASACIÓN”.

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

A fs. 514/520, la defensora oficial del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 3.480 de fecha 22 de febrero de 2.018 (fs. 452 y vta.) y sus fundamentos (fs. 453/460 vta.) en cuanto condena a Sebastián Alberto Esquivel Díaz a la pena de quince años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego que se le atribuye en el marco de los autos N° P-12.167/16 (art. 79 en función del art. 41 bis del CP). Pronunciamiento dictado por la entonces Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

La sentencia impugnada tuvo por acreditada la materialidad del hecho descripto y la autoría del enjuiciado. Ello en tanto juzgó por probado que el día 5 de febrero de 2016, alrededor de las diez de la noche, el acusado Sebastián Esquivel, luego de una discusión con la víctima en las cercanías de un cajero automático en los alrededores de la feria de Guaymallén, antes de llegar a un puente, se alejó de allí alegando ir a buscar un arma y luego se volvió a encontrar con el occiso en las cercanías de la manzana 28 casa 6 del barrio “Lihué”. Allí mantuvieron con Chávez una nueva discusión y cuando éste, convencido por su hermana Carina, se alejaba del lugar, le efectuó un disparo con el arma que había ido a buscar, ingresando el proyectil por la espalda, ocasionándole las lesiones que desencadenaron el resultado mortal (ver fundamentos, fs. 457 y vta.).

Según expresa, la materialidad del hecho delictivo deriva de haberse probado en estas actuaciones que la causa del deceso de Diego Chávez fue la producción de un shock hipovolémico provocado tras haber recibido un disparo de arma de fuego sobre la región dorso lumbar, en tanto así lo informaron los profesionales intervinientes en la constancia de fs. 7 y a necropsia de fs. 144/145 vta. suscripta por la perito médico del Cuerpo Médico Forense. Respecto de la autoría del hecho por el encausado, la sentencia cuestionada de cuenta que ésta ha resultado probada a partir de las declaraciones testimoniales vertidas en la audiencia de debate, particularmente de las dos testigos presenciales del hecho, como son Carina Chávez y Nicole Chávez –hermana y sobrina de la víctima respectivamente–, quienes señalaron de manera coincidente a Sebastián Esquivel como el autor del disparo que provocó la muerte de la víctima. Sobre sus testimonios destacó que si bien se trata de parientas muy cercanas al occiso, no existía elemento de juicio alguno que permita suponer que han falseado la verdad. En el análisis de credibilidad de sus relatos, ponderó que sus dichos se corroboran a través del resto de los testimonios recogidos durante el juicio

oral, especialmente de aquellos testigos que suministraron datos que permitieron demostrar el móvil del homicidio, además del contexto y las circunstancias fácticas que rodearon la producción del hecho criminoso. Entre ellos, puntualizó, por un lado, el relato de la pareja de la víctima –Brenda González– y del grupo de individuos que la noche del suceso acompañaron a Chávez a disputar un partido de fútbol –Javier Quispe, Mauricio González, Alex Figueroa, Emanuel Lucero–, además del dueño del kiosco cercano al lugar del hecho –Jesús Carrera– y de otro de los acompañantes del occiso al encuentro deportivo –Elías Aucachi– sobre cuyo relato destacó que, a pesar de las contradicciones señaladas por la defensa, hubieron otros aspectos de su testimonio que concuerdan con los del resto del grupo de jugadores de aquel día. Por otro lado, dentro del plexo probatorio valorado, destacó la publicación efectuada por el acusado en la red social «Facebook» al día siguiente del hecho, como dato incriminante.

Respecto de la calificación legal y la determinación del quantum de pena, el Tribunal sentenciante compartió las conclusiones vertidas por la representante del Ministerio Público Fiscal, encuadrando el hecho como homicidio agravado por el uso de arma de fuego, determinando que resultaba ajustado a derecho que el encausado fuera condenado a la pena de quince años de prisión, además de su declaración de reincidencia.

2.- El recurso de casación

El medio impugnativo incoado por la parte defensiva ha sido motivado en la norma prevista por el art. 474 inc. 2 del C.P.P., esto es, en la supuesta presencia de vicios in procedendo que invalidan la resolución atacada como un acto jurisdiccional válido. Al canalizar jurídicamente la petición in pauperis efectuada por su asistido (fs. 535), la recurrente señala que la fundamentación del fallo en crisis no cumple con los principios de ser expresa, clara, completa, legítima y lógica, desde que –a su criterio– la prueba que condujo al sentenciante a tener por acreditada la autoría del imputado en los hechos enrostrados, resultó erróneamente valorada, apartada de aquellos principios que rigen el sistema de la sana crítica racional.

En efecto, sin cuestionar la existencia material del hecho juzgado, entiende que existe un estado de duda en cuanto a la participación que se le endilga a su representado, el que no ha sido debidamente refutado por el tribunal a quo. En ese sentido, argumenta que no se han tenido debidamente en cuenta las contradicciones en las que incurrió la hermana de la víctima –Carina Chávez– en sus declaraciones durante la instrucción y en el debate, las que impiden asignarle la credibilidad que le reconoce la sentencia. Al respecto, considera que esas deficiencias se explican a partir de la existencia de rencores entre las partes, circunstancia que podría llevarla a mentir deliberadamente. Además, se queja de que, si bien esas contradicciones e inconsistencias fueron advertidas por el sentenciante, éste interpretó –erróneamente, según la tesis defensiva– que no resultaban sustanciales. En efecto, analiza sus dichos en relación al comportamiento que dijo haber asumido la declarante al momento del hecho.

Así, mientras durante la etapa de investigación, mencionó que había levantado el casco del agresor, lo que le permitió ver que se trataba de Esquivel, ya durante el juicio, a preguntas formuladas por la defensa, descartó que esa haya sido su conducta, ya que ella tenía miedo porque el acusado se encontraba armado. Por otra parte, destaca la existencia de defectos en la investigación fiscal, como circunstancia que impide alcanzar certeza sobre la participación de su representado en el hecho enrostrado.

En esa línea subraya que la fiscalía se basó en una publicación de facebook para seguir una línea investigativa, lo que impidió seguir otras posibles. Además, enfatiza que la falta de inspección ocular de manera inmediata a la ocurrencia del hecho, impide obtener veracidad de los testimonios, ya que mientras algunos testigos expresaron que escucharon varios disparos, otros hablaron de solo un disparo.

A ello suma que tampoco se descubrió cuál fue el arma utilizada para dar muerte a la víctima, toda vez que los allanamientos dieron resultados negativos en relación al secuestro de armas. En la misma línea, realza que nunca se habló de la utilización de una moto para cometer el hecho, siendo ésta la causa por la que no se solicitó oportunamente el secuestro de un bien de esa naturaleza.

Revela que el dato de la utilización de la moto surge luego de que los familiares de la víctima rompieran el pacto de silencio entre ellos, aunque los testigos describieron el ciclomotor asignándole diversos colores: blanco, negro o rojo. Además, señala que la defensa fue quien acreditó que era la pareja del imputado quien tenía una moto de color negra, pero que ésta fue secuestrada de forma previa al hecho, lo que luce como una prueba contundente de descargo. En línea con la crítica a la valoración probatoria, discute que la sentencia tome como testigo principal a Aucachi, siendo que el tribunal ordenó, a instancias de la defensa, la extracción de compulsas por falso testimonio contra ese deponente.

También menciona que el testimonio de Carrera echa por tierra la declaración de los parientes de la víctima, ya que resultó ser quien inmediatamente asistió a Chávez y confirmó que no había nadie a su alrededor, es decir, que allí no se encontraba Carina, ni su hija. Por último, advierte que Emanuel Ortiz fue quien le prestó su bicicleta a la víctima para que huyera de quien lo seguía en moto, pero que éste, a su vez, no le dijo que estuviera siendo amenazado o que tuviera miedo.

Además, afirma que el testigo aclaró que él no vio nada raro, ni que discutiera con alguien. En virtud de todo ello, considera que los vicios señalados, nulifican la condena dispuesta, desde que no se encuentra acabadamente probada la autoría del homicidio en cabeza de Esquivel Díaz, por lo que debe imperar la duda y, en consecuencia, la absolución de su asistido por aplicación del principio de in dubio pro reo previsto en el art. 2 del CPP. Hace expresa reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El señor Procurador General, en oportunidad de informar el recurso extraordinario interpuesto por la parte recurrente, estima que el mismo debe ser rechazado. Ello en tanto, surge del análisis de la resolución atacada que el sentenciante contó con todos los elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida a fin de condenar al encausado.

En el caso concreto, según la opinión del titular del Ministerio Público Fiscal, no existen razones para nulificar la sentencia impugnada, desde que se trata de una pieza que luce debidamente fundada, con una acertada ponderación de los diversos elementos que componen el cuadro probatorio colectado. En efecto, sostiene que el testimonio de Carina Chávez fue debidamente analizado y valorado, a quien el tribunal consideró creíble, gozando de los beneficios de la inmediatez.

Refiere que las contradicciones alegadas por la defensa fueron contempladas por el tribunal, dejando en claro que, en lo sustancial, esto es, sobre la autoría de Esquivel en la ejecución de los disparos luego de una discusión, se mantuvo en su versión original.

Destaca el acierto del juzgador cuando razona en que la primera declaración se produjo a escasas horas de la muerte de su hermano en un especial estado de conmoción del ánimo, mientras que para la fecha del debate, habían transcurrido dos años desde el hecho, aspecto que justifica modificaciones respecto a cuestiones accesorias o de detalle.

Señala que resulta importante de destacar que al acusado lo conocía del barrio, lo que le facilitó el reconocimiento en el momento del hecho; y, además, que la cuestión del casco no fue obviada por el tribunal, sino que la ponderó junto con el resto del plexo probatorio incorporado, el que corrobora la autoría sobre el hecho investigado. Lo mismo refiere con relación a la testimonial de Nicole Chávez, cuyo relato fue calificado como veraz, coherente y creíble, siendo que también reconoció al imputado, a quien

conoce del barrio, aportando detalles que le dan credibilidad a sus manifestaciones. Por otra parte, hace mención a que de otros numerosos testigos se extrae el móvil del homicidio, lo que se suma al conjunto de indicios incriminatorios.

Indica que la situación del testigo Aucachi se vislumbró considerando el pedido de compulsión por falso testimonio, pero apreciando aquellos aspectos concordantes con los del resto del grupo de jugadores de fútbol de aquel día en relación al entredicho existente.

Por último, subraya que a las pruebas detalladas, el tribunal agregó las constancias de fs. 33/35 y 68/70, en las que se puede apreciar publicaciones de un periódico local en las que aparece el acusado quien se refiere al hecho y asume su autoría.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Atento a los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso extraordinario interpuesto por la defensa debe ser rechazado por cuanto la resolución impugnada no adolece de los vicios procesales que el recurrente le endilga.

Preliminarmente, vale recordar que la vía recursiva asienta el pedido de nulidad del resolutivo impugnado sobre la base de argumentos destinados, en definitiva, a cuestionar el nivel probatorio alcanzado durante la tramitación del proceso penal respecto de la autoría del encausado.

Es decir, a juicio de la recurrente, el tribunal de instancia anterior valoró en forma arbitraria el material probatorio obtenido en el proceso pues los elementos reunidos no resultan suficientes para conformar el grado de certeza exigido para demostrar acabadamente la intervención punible del encausado en el hecho; vicio que determina –según la tesis defensiva– el carácter arbitrario del fallo condenatorio en crisis y su descalificación como acto jurisdiccional válido a los términos del **art. 416, inc. 4° del CPP**.

Sin embargo, entiendo que esa pretensión defensiva no puede recibir acogida en esta instancia, en tanto las afirmaciones de las que se basa no encuentran correlato en el razonamiento que sustenta la condena resistida. En efecto, considero que la motivación atacada es suficiente desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que **equivalga a la ausencia de fundamentos** (L.S. 186-427, 153-011, 354- 218, 392-94, 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

El a quo ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Más bien se aprecia una reedición de agravios en esta etapa recursiva de los argumentos ya expuestos por la defensa de manera anterior a esta etapa, las que solventemente fueron respondidos por el tribunal de juicio a través de los fundamentos del fallo en crisis.

En primer término, y como planteo central de su impugnación, sostiene la recurrente que la acusación y la condena se centran en el testimonio de Carina Chávez –hermana de la víctima– cuyos términos cuestiona al entender, a diferencia del a quo, que resultan contradictorios y mendaces.

Así, reclama que se analicen todas sus declaraciones contextualizando sus dichos dentro de la relación de rencor que mantenía con el imputado, reconociendo en ello la causa determinante de la mendacidad señalada y, además, de las contradicciones sustanciales cuyo valor fue indebidamente negado en la sentencia. Al respecto debo decir que no comparto esas alegaciones defensistas, puesto que analizadas

todas las declaraciones prestadas por la testigo de mención durante la tramitación de los presentes autos, considero que adecuadamente el órgano sentenciante les otorgó credibilidad.

Para ello, luego de advertir ciertas variaciones y diferencias entre las expresiones contenidas en su declaración prestada durante la audiencia de debate y aquellas vertidos en la investigación penal preparatoria (fs. 24/25), el juez de instancia anterior estimó que el núcleo central de su testimonio –incriminatorio– se mantuvo invariable, circunstancia que justifica –acertadamente– el peso convictivo puesto en duda. Pero además, debe considerarse que las características de la prueba testimonial imponen la necesidad de atenerse a los aspectos más objetivos de la información que las mismas puedan transmitir, entrelazando esos datos con otros –de distinta procedencia– que los corroboren o pongan en crisis su calidad convictiva.

Según entiendo, ésa ha sido la actitud asumida por el magistrado a quo. En efecto, la verosimilitud del relato de Carina Chávez se constató luego de confrontar su contenido con el resto del cuadro probatorio, concluyendo que las pruebas legítimamente incorporadas a la causa no hacen más que reforzar la hipótesis acusatoria. En referencia a las contradicciones señaladas por la defensa, entiendo –al igual que el a quo– que aquellas nos son relevantes para la solución del caso sino que, en lo medular y pertinente, la versión de Carina Chávez se mantuvo incólume durante todo el proceso.

El sentido incriminante de su relato, identificando a la persona del acusado como autor del hecho atribuido, fue sostenido y justificado a través de cada una de sus expresiones con las que los describió de manera constante.

Ello permite compartir con el juzgador su afirmación relativa a que «[e]sas contradicciones versan sobre aspectos no sustanciales ya que en lo esencial, es decir, en que fue Sebastián Esquivel quien disparó y que lo hizo luego de una discusión por cuestiones de vieja data; que según supo ella por versión de amigos, minutos antes ya habían tenido un entredicho cerca de un cajero bancario; de igual modo que el acusado iba en moto y que supo que era él pues lo conocía del barrio.

En todos estos aspectos sustanciales, la testigo se ha mantenido en su versión original [...]», en tanto –la dicente– señaló «[p]ersistentemente a Esquivel como el autor del hecho [y] ha sido precisa en las circunstancias que rodearon al disparo mortal. Y este señalamiento tiene relevancia puesto que al acusado lo conocía del barrio y pudo entonces reconocerlo en el momento del hecho» (ver fundamentos, fs. 454 vta./455). Pero además de descartar que esas contradicciones puedan sustentar una mínima duda acerca de la autoría aquí debatida, también entiendo que resultan atendibles las razones invocadas por el a quo para estimar como comprensible que existan «[m]odificaciones de la memoria respecto a cuestiones accesorias o de detalle».

Es que, según considero, la valoración de un testimonio exige, entre otros factores, considerar el estado de ánimo que tuvo el sujeto declarante al momento de su deposición, como también el posible efecto que puede llegar a tener el trascurso del tiempo sobre su reminiscencia sobre los hechos. Así, resultó correcto que el juez haya valorado, por un lado, que la testigo en cuestión declaró por primera vez a escasas horas de haber presenciado la muerte de su hermano a manos del acusado y, por otro, que desde que ocurrió el hecho hasta que se realizó la audiencia de debate, transcurrieron un lapso de tiempo de dos años (ver fundamentos, fs. 454 vta./455).

Por otra parte, además de señalar contradicciones, la defensa ataca el valor asignado a esa prueba testimonial al señalar que la testigo –Carina Chávez– mintió al incriminar a su asistido, identificando esa falta de verdad con la existencia de una relación de rencor que la motivó a inculpar falsamente a Esquivel.

Sin embargo, se advierte en este punto que la recurrente reedita aquí los mismos argumentos con los que ya pretendió –infructuosamente– atacar el peso convictivo reconocido a la versión de la declarante. Sin perjuicio de ello, debo agregar que comparte el razonamiento que guió al sentenciante cuando expuso los motivos que lo llevaron a descartar la existencia de una suerte de «[c]onjura entre todos los testigos que de un modo y otro han aportado datos que indican la existencia de una cuestión personal previa entre acusado y víctima» (ver fundamentos, fs. 455 vta.).

Por lo que, la pretensión defensiva basada sobre este argumento, corresponde ser rechazada. Por último, y con la misma finalidad, la recurrente destaca la contradicción que incurrió Carina Chávez cuando mencionó en el debate que no le había levantado el casco a Esquivel, porque él estaba armado. En referencia a ello, entiendo que el agravio también debe ser desestimado, pues el juez de grado sí ha tenido en cuenta esa discordancia de la testigo al momento de describir su comportamiento en ese tramo de los hechos.

En efecto, precisamente el a quo puntualizó que ese punto, a diferencia del resto de las contradicciones apuntadas por la defensa, sí presentaba cierta relevancia aunque perdía «[v]alor crítico si se tienen en cuenta otra serie de circunstancias como lo son los restantes testimonios [...] que en definitiva corroboran la afirmación de Carina Chávez de que ha sido el acusado el autor del disparo mortal».

Además expresó que «[...] su declaración en la audiencia demuestra su veracidad puesto que perfectamente pudo haberse mantenido en que efectivamente le había levantado el casco, cuando esta circunstancia le fue puesta de resalto y no como lo hizo afirmando que eso no lo había hecho» (ver fundamentos, fs. 455).

Todo este análisis efectuado se completa, como se adelantó, con la correspondencia entre los distintos datos que integraron sus declaraciones, además de su corroboración con elementos periféricos, lo que contribuye a aumentar el grado de credibilidad reconocido en la sentencia al testimonio de una testigo directa del hecho, clave en la reconstrucción histórica de lo acontecido. Al respecto basta con señalar la coincidencia detectada con la versión aportada por otra testigo presencial –Nicole Chávez–, testimonio que fue catalogado por el juzgador como «veraz y creíble» (ver fundamentos, fs. 455 vta.), así como también con la información suministrada por el resto de los testigos –Javier Quispe, Mauricio González y Alex Benjamín Figueroa–, quienes apuntalan su testimonio en cuanto afirmaron que compartieron con la víctima un partido de fútbol llevado a cabo momentos antes del suceso mortal y que, además, vieron la discusión que mantuvo Diego Chávez con Esquivel frente al cajero automático, lo que criteriosamente fue interpretado por el a quo como el móvil del homicidio. En segundo término, estimo conveniente aquí agrupar aquellos agravios defensivos por medio de los cuales la defensa apoya la duda sobre la autoría en el homicidio juzgado en las irregularidades advertidas durante la etapa de investigación penal preparatoria.

Dentro de este segmento, la recurrente menciona: (a) que la obtención de testimoniales contradictorias no determinó al representante fiscal a la adopción de las medidas necesarias para conocer la verdad de lo acontecido; (b) que la fiscalía interviniente siguió una única línea de investigación a partir de conocer una publicación en la red social «facebook», sin considerar otras hipótesis investigativas posibles; (c) que la falta de inspección ocular en el momento de ocurrido el hecho impidió conocer la cantidad de disparos; (d) que tampoco se secuestró el arma de fuego utilizada para producir el resultado mortal; y, por último, (e) que no se secuestró ninguna moto. En este punto, el planteo recursivo parece inadmisibles, desde que no advierten en autos irregularidades en los tramos en que se desarrolló la investigación fiscal que, como lo postula la defensa, hayan provocado una reconstrucción errónea de los hechos en aras de precisar la

responsabilidad penal del acusado. Por el contrario, sólo se observa la finalidad de la defensa de ignorar, parcializar y modificar los datos que, a partir de los elementos de prueba debidamente colectados y ponderados, toma la sentencia para arribar a la conclusión objetada.

A ello cabe agregar que el rechazo de estos cuestionamientos también se justifica desde que ninguno de los argumentos planteados permite, siquiera, vislumbrar mínimamente alguna duda sobre la autoría del acusado sobre aquellos hechos que fueron corroborados en la sentencia.

Por último, la defensa ataca el valor de las declaraciones testimoniales de Aucachi, Carrera y de Ortiz, utilizando para ello los mismos argumentos que ya fueran empleados durante la etapa del plenario, todos los cuales resultaron evacuados en la sentencia impugnada, con argumentos que no logran ser rebatidos en esta instancia casatoria.

Así, en cuanto tiene que ver con la situación del testigo Elías Aucachi, debo efectuar dos apreciaciones: por un lado, es incorrecto que haya sido catalogado como «testigo presencial» como lo postula la defensa, ya que sus términos sólo le valieron al sentenciante para corroborar los dichos de los demás sujetos que acompañaron a la víctima en el encuentro deportivo previo al suceso delictivo. Por otro lado, el pedido de extracción de compulsas no fue soslayado en la interpretación y ponderación de su relato, sino que, precisamente el a quo estimó que el valor de su testimonio resulta de su concordancia con el del resto de los testigos.

A raíz de lo cual, concluyó en que «[...]si mintió o no recordó algo, su testimonio no debe ser invalidado totalmente» (ver fundamentos, fs. 457). Sobre los dichos de Jesús Carrera –dueño del kiosco cercano al lugar donde se produjo el hecho–, la circunstancia de la que nuevamente se vale la defensa para atacar la interpretación que realiza el a quo de su testimonio y, también, para descartar que Carina Chávez haya estado con su hermano al momento de los disparos, resultó debidamente analizada y explicada en la sentencia impugnada. En efecto, fue ese testigo quien dijo que luego de haber escuchado varios disparos y gritos, y de ver pasar a Diego Chávez corriendo, fue que decidió salir a la calle y brindarle auxilio, subiéndolo a su vehículo.

Que si bien dijo que en ese momento no había visto a nadie más, también aclaró que al salir a la calle lo hizo focalizando su atención en auxiliar al herido.

De este modo, comparto con el sentenciante la reconstrucción de ese tramo de los hechos, el que permite no sólo comprobar la veracidad de los dichos del testigo señalado sino, además, corroborar la verosimilitud en el relato de la hermana de la víctima. Así, «[r]esulta plenamente posible que Carrera no la haya visto [a Carina Chávez] pues al momento de producirse los tiros él estaba en el interior de su casa y es recién cuando ve pasar a Diego que sale a auxiliarlo», en tanto «[e]sto se compatibiliza perfectamente con los dichos de Carina Chávez en cuanto señaló que al ser herido por su hermano corrió hacia la esquina en dirección al agresor y es ahí donde se encuentra con la coprocesada Romero[...] luego de ello vuelve al lugar y es entonces que se acerca Carrera que estaba en auxilio de su hermano» (ver fundamentos, fs. 456 vta.).

Por último, en cuanto tiene que ver con la falta de conocimiento relatada por Emanuel Ortiz acerca de alguna discusión de la que formara parte la víctima, resulta que su declaración fue debidamente interpretada por el a quo. En efecto, la sentencia reparó en que Ortiz dijo que Chávez se llevó su bicicleta, dato que permitió corroborar la versión dada por el resto de los testigos y, en particular, por Carina y Nicole Chávez, acerca de que la víctima llegó al lugar donde fue herido en una bicicleta que no era de su propiedad (ver fundamentos, fs. 456 vta.).

Como se advierte, ninguna objeción puede realizarse a la valoración efectuada por el tribunal de mérito sobre aquellas testimoniales. En consecuencia, en este punto, el recurso también debe ser rechazado. De manera tal que, según entiendo, al momento de exponer los motivos que sustentan la intervención en calidad de autor por parte del imputado, el magistrado interviniente apoyó la conclusión afirmativa en diversos elementos probatorios cuya valoración luce, en un todo, acorde a las reglas de la sana crítica racional.

Por lo tanto, y opinión concordante del Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto a fs. 514/520 por la defensa oficial del acusado Sebastián Alberto Esquivel Díaz.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de octubre de 2019.-

37- BIASORI. 25-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														414
-	FS	-	AF	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	399

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FyQcBiasori.pdf

Lex: Art. 84 del CP. Art. 416 inc. 4, 486, 474, 414 y 399 del CPP. Art. 2 y 3 Ley 8008. Art. 1113 CC.

Vox: Homicidio culposo. Garantía de imparcialidad. Nulidad. Nuevo juicio. Responsabilidad indirecta. Factor de atribución. Actor civil. Demandado Civil. Principio de unidad de actuación.

Summa:

El TPC resolvió a) **absolver** al nombrado (Art. 2 CPP); b) hacer lugar parcialmente a la acción civil instaurada por Alicia Tránsito Vargas Balmaceda y Oscar Ricardo Reyes en contra del **Gobierno de la provincia de Mendoza** por la suma de pesos ochenta y cinco mil (\$85.000.-), a cada uno de ellos (art. 1113 del C.C. y ccs.); y c) rechazar la acción civil instaurada por los actores civiles en contra del señor Mario Horacio **Biasiori Bastías** (art. 1109 del C.C.).

Interponen recurso de casación:

- a) El MPF. Art. 474 inc. 1 CPP
- b) La parte querellante
- c) Los actores civiles
- d) El representante del Gobierno de Mendoza, civilmente demandado.

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación interpuesto por el representante del Gobierno de Mendoza debe ser acogido, mientras que los recursos deducidos por la Fiscal de Cámara del Crimen y por el representante de los querellantes particulares y actores civiles deben ser rechazados.

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el representante de la **parte querellante**, tener por desistido el recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal y declarar abstracto el recurso de casación planteado por el representante del civilmente demandado. Asimismo, anuló el debate efectuado, la sentencia y sus fundamentos, remitiendo los presentes al TPC, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4745, pronunciada por la Excma. Quinta Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1) -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 183-188; 202-001; 269-234
- Mopardo Dupox. 18-05-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180518_FcMDH.pdf
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf

Parágrafos destacados

“la intervención del juez sentenciante no se limitó a formular preguntas aclaratorias, como autoriza el art. 399 del C.P.P., sino que su comportamiento implicó una clara transgresión de su deber de actuar como

juez ajeno al conflicto y observador imparcial de la actividad de las partes, adoptando un rol protagónico en el descubrimiento de la verdad”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Nanclares. Palermo.

(C.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04088598-0/1((010505-33280)) FISCAL, FISCAL DE ESTADO, ASESORIA GOB.ACTOR CIVIL Y QUERELLANTE PARTICULAR C/BIASORI BASTIAS MARIO HORACIO P/HOMICIDIO CULPOSO (33280) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104148803*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04088598-0 caratulada “F. C/ BIASIORI BASTIAS, MARIO HORACIO P/ HOMICIDIO CULPOSO S/ CASACIÓN”.

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

La titular de la Primera Fiscalía de Cámara del Crimen interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4.745 agregada a fs. 905 y vta. y sus fundamentos, en cuanto absolvió, por aplicación del art. 2 del CPP, Ley 6730, a Mario Horacio Biasiori Bastías del delito de homicidio culposo (art. 84 del Código Penal), pronunciamiento dictado en autos N° P-33.280/06 por la Quinta Cámara del Crimen.

Asimismo, el representante de la parte querellante y actores civiles, deduce idéntica impugnación contra el fallo aludido, en tanto: a) absolvió al nombrado; b) hizo lugar parcialmente a la acción civil instaurada por Alicia Tránsito Vargas Balmaceda y Oscar Ricardo Reyes en contra del Gobierno de la provincia de Mendoza por la suma de pesos ochenta y cinco mil (\$85.000.-), a cada uno de ellos (art. 1113 del C.C. y ccs.); y c) rechazó la acción civil instaurada por los actores civiles en contra del señor Mario Horacio Biasiori Bastías (art. 1109 del C.C.). A su vez, el representante del Gobierno de la provincia de Mendoza también formula recurso de casación contra el punto V.- del resolutivo de la sentencia antes individualizada, mediante el que se hizo lugar parcialmente a la acción civil deducida contra el Gobierno de la Provincia, en la medida antes referida. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

La Sala Unipersonal N° 2 de la entonces Quinta Cámara del Crimen absolvió a Mario Horacio Biasiori Bastías del delito de homicidio culposo que se le atribuía en la causa N° P33.280/06, conforme requisitoria fiscal de elevación a juicio obrante en los autos mencionados. Según dicha pieza acusatoria, los hechos oportunamente intimados habrían consistido en que «el día **12 de abril de 2006**, a las 8.15 horas, en circunstancias en que el oficial Juan Carlos Aslla se encontraba cumpliendo funciones en el móvil 1549 con la custodia del auxiliar Mario Horacio Biasiori, reciben una comunicación del comando radial para desplazarse como apoyo a la Mna R C-8 del B° Buena Vista del Carrodilla Luján, lugar donde se estaba practicando un allanamiento por personal de Investigaciones, a fin de trasladar a un detenido. Una vez allí, ingresaron por un pasillo comunero a la vivienda indicada, encontrando a una persona de sexo masculino, esposado con las manos atrás, quien resultó ser Cristian Ricardo Reyes Vargas y fue entregado al auxiliar Biasiori para ser trasladado a la sede de la Dirección de Investigaciones. Biasiori lo condujo hasta el móvil colocándoles una mano en las muñecas y la otra cerca de la nuca, mientras que sacó la mano de la espalda para abrir la puerta, momento en que Reyes Vargas realizó un brusco movimiento que le

permitió empujar violentamente a Biasiori y fugarse por calle América hacia el norte. Biasiori y Aslla iniciaron una persecución y efectuaron disparos intimidatorios a fin de que Reyes Vargas desistiese de la fuga. No obstante, éste continuó su carrera doblando hacia el este hasta la calle Lateral Oeste del Acceso Sur, luego dobló hacia el sur y al llegar a un montículo de ripio a la altura N° 7.780 disminuyó su marcha. Al ser alcanzado por Biasiori, Reyes Vargas se dio vuelta y le propinó un golpe en la cara con la mano izquierda, comenzado entre ellos un forcejeo en el cual se produjo el disparo del arma reglamentaria de Biasiori hiriendo a Reyes Vargas en el pómulo derecho, herida que, horas después le provocó su deceso» (conforme elevación a juicio de fs. 226).

Para llegar a la decisión absolutoria el tribunal consideró que «la prueba y los indicios no son unívocos ni convergentes en que BIASIORI BASTIAS Mario Horacio haya sido el responsable de la muerte de Reyes tanto sea por su accionar doloso ni culposo, creándose dudas de cómo se produjeron los hechos, las cuales en esta etapa del proceso, deben favorecer al imputado» (fundamentos, fs. 918 vta.).

Sin perjuicio de ello, en lo que se refiere a la acción civil, el sentenciante entendió que «tres acciones de la víctima y una del imputado, se unieron para dar como resultado la muerte de Reyes, en una evidente concurrencia de responsabilidad por el daño civil, y en consecuencia, debe responder el Estado Provincial por los actos de sus dependientes en la debida proporción (art. 1113 del Código Civil)» (fundamentos, fs. 919).

2.- Recurso de casación deducido por el civilmente demandado

El **representante del Gobierno de la provincia de Mendoza** promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 1° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona.

El recurrente sostiene que la sentencia impugnada es contradictoria por errónea aplicación del **art. 1113, primer párrafo del entonces Código Civil**.

Ello, en tanto se atribuyó responsabilidad a la **Provincia de Mendoza** con fundamento en esta norma, la que regula la **responsabilidad indirecta o refleja**, que surge por el hecho del dependiente siempre que se acredite el **factor de atribución** a título de culpa del éste, además de la antijuricidad del hecho llevado a cabo por él.

Expresa que, no obstante ello, el Tribunal en el punto I.- del resolutivo de la sentencia que se cuestiona decidió absolver al imputado, por no haberse acreditado culpa alguna de su parte. En virtud de ello, entiende que habiéndose declarado la **inexistencia de culpa** del agente de policía Biasiori, **no resulta jurídicamente válida la atribución de responsabilidad civil** a la Provincia por el hecho de su dependiente, toda vez que si el hecho no es ilícito, desaparece el fundamento de la responsabilidad indirecta, y el principal no se ve obligado a reparación alguna. En consecuencia, solicita se haga lugar al recurso y se case la resolución cuestionada, disponiendo el rechazo de la pretensión resarcitoria.

3.- Recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal

La titular de la Primera Fiscalía de Cámara en lo Criminal deduce recurso de casación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 1° del C.P.P.

La impugnante sostiene que el fallo mediante el cual se absolvió por el beneficio de la duda al imputado contiene una fundamentación aparente.

Considera que la sentencia cuestionada carece de motivación suficiente, por lo que luce arbitraria y no resulta una derivación razonada de las pruebas rendidas y del derecho vigente. En ese orden, expresa que el sentenciante ha transcripto casi completamente las consideraciones efectuadas por la recurrente en oportunidad de formular sus alegatos y, a continuación, «recortó» aquéllas referentes a la concurrencia

del tipo objetivo y subjetivo del delito endilgado, arribando a una conclusión diferente a la sostenida por esa parte, sin ofrecer ninguna fundamentación para apartarse del razonamiento lógico que hasta ese momento había hecho, que no era otro que el de la acusación.

La recurrente pone de resalto que el a quo, después de efectuar un repaso por las consideraciones de esa parte acusadora, expresó que hay cuestiones que han quedado claras para todos los que presenciaron el debate y luego, de manera infundada, esboza una duda para sostener la absolución del imputado, la que –a criterio de la impugnante– resulta vaga, imprecisa e irrelevante, y por ello, insuficiente para excluir la responsabilidad penal de Biasiori Bastías por la muerte de Cristian Reyes a título imprudente.

Agrega que el magistrado en ningún momento ha explicitado los **motivos** por los cuales se encontraría en estado de duda y, menos aún, de qué manera esas dudas operan sobre los extremos de la acusación, desestimándolos.

En función de lo expuesto, solicita se case la sentencia recurrida y se condene al imputado Mario Horacio Biasiori Bastías como autor penalmente responsable del delito de homicidio imprudente (art. 84 del Código Penal) a la pena de cuatro años de prisión con más la inhabilitación por diez años para desempeñarse en las fuerzas de seguridad.

4.- Recurso de casación deducido por el representante de los **querellantes y actores civiles**

El recurrente interpone recurso de casación contra el fallo emitido por la entonces Quinta Cámara del Crimen en cuanto a la solución adoptada en relación a la cuestión penal y también respecto de la acción civil oportunamente deducida, a tenor de lo dispuesto por el art. 474, inciso 2° del C.P.P., es decir, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

1.- Cuestionamientos referidos a la resolución de la causa penal

a) Vicios originados en el debate oral

El recurrente sostiene que la **garantía de imparcialidad** se vio comprometida en la presente causa, en tanto el juicio fue realizado por el último miembro del mismo tribunal que ya había intervenido en dos oportunidades anteriores, anulándose sus resoluciones, quien se encontraba influido por lo ocurrido en esa misma Cámara.

Expresa que durante el juicio oral también se vulneraron el sistema acusatorio y las garantías de imparcialidad y debido proceso, toda vez que el magistrado interviniente **imprimió al debate un sesgo inquisitivo**, formulando preguntas investigativas, sin respetar el orden para formularlas, resolviendo incidencias sin vista a las partes, alzando la voz e intimidando a los testigos, atentando contra la publicidad del juicio y amenazando a la única periodista que cubrió las audiencias.

Señala que arbitrariamente se **rechazó la solicitud de nueva prueba** efectuada por la querrela tendiente a obtener la remisión de las fotografías complementarias de la necropsia, ya que las fotografías aludidas forman parte de ésta; y ni los debates anulados y tampoco el tiempo transcurrido constituyen motivo para la solución adoptada.

A ello agrega que, para resolver de ese modo, no se corrió vista a las partes.

El impugnante se agravia, además, porque durante el debate se constató la **destrucción de prueba fundamental**, concretamente el decomiso, por donación a Penitenciaría Provincial, de las esposas y la destrucción del arma secuestrada, lo que –a su criterio– configura una violación del debido proceso y privación de justicia.

En este contexto, solicita se extraiga compulsas para investigar la posible comisión del **delito de prevaricato (art. 269 del Código Penal)** por parte del Dr. Gonzalo Guiñazú, toda vez que por ser juez en

materia penal no puede desconocer el Código de Procedimientos y, también, por la destrucción de pruebas (**art. 255 del Código Penal**).

b) Vicios que surgen de la sentencia impugnada

El representante de la parte querellante considera arbitrario el fallo impugnado en tanto descarta el contundente testimonio de María Argentina Poblete, quien afirmó que Reyes **escapó con las esposas colocadas**. Asimismo, adjudica este vicio a la consideración del a quo relacionada con que los disparos efectuados a 1.85 metros de altura por Biasiori a Reyes. El recurrente cuestiona la interpretación que el sentenciante efectuó en relación a la declaración de Aslla y, a la pericia efectuada sobre las esposas –fs. 132-, ya que no se condice con lo declarado por Narvaez y el perito Olguin en audiencia de debate. Considera que la declaración de Poquet no es veraz, en tanto no pudo explicar el por qué de su cambio de memoria respecto de lo declarado en los debates anteriores.

En relación a este testigo, agregó que el propio magistrado admitió haber mantenido con él conversaciones telefónicas, lo que le hace dudar de la credibilidad de sus dichos. Señala el recurrente que también constituye una falencia de la sentencia la circunstancia de haberse incorporado y valorado la declaración indagatoria de Biasiori, aunque éste se abstuvo de declarar en el debate y ninguna de las partes pidió su incorporación. Finalmente, sostiene que la sentencia es arbitraria por falta de fundamentación, en tanto nada dice sobre la responsabilidad penal de Biasiori por homicidio culposo, no hace referencia a su accionar y las pocas afirmaciones dispersas y la transcripción de la acusación realizada por la representante del Ministerio Público Fiscal no alcanzan a constituir una verdadera fundamentación.

2.- Cuestionamientos a la solución adoptada respecto de la acción civil deducida

El representante de los actores civiles considera que la sentencia es arbitraria por omitir considerar cuestiones fundamentales, apartándose de los hechos probados y articulados por las partes.

Así, expresa que en el fallo cuestionado no se consideró acreditado que Cristian Reyes tenía trabajo, valorando en forma arbitraria la declaración de Moraga y rechazando la indemnización solicitada por pérdida de chance, esto es, las legítimas expectativas de ayuda.

Sostiene que es arbitraria la afirmación del a quo al señalar que no se ha probado que los padres de Reyes hayan sufrido algún **daño psicológico** como consecuencia de la muerte de su hijo, rechazando con este argumento el rubro de daño psicológico.

Ello, en tanto dicho ítem se reclamó dentro del daño moral y resulta contrario a la lógica suponer que los padres no hayan sufrido por la muerte de Reyes, sino «no se explica [por qué] llevan más de diez años reclamando justicia» (recurso, fs. 960).

Finalmente, se agravia en relación al rubro **daño moral**, por cuanto el juez de la causa afirmó que existió **culpa concurrente**, ya que el hecho se produjo por tres hechos de Reyes –poseía un arma en la cama, se dio a la fuga y cuando fue alcanzado produjo un forcejeo– y uno de Biasiori –disparo accidental–. Al respecto, entiende que el hecho de que Reyes haya sido detenido en el allanamiento no lo convierte en culpable de ningún delito y no incide en el monto de indemnización por daño moral, agregando que ni siquiera configura un caso de culpa concurrente y lo mismo refiere del hecho de haberse dado a la fuga o del supuesto forcejeo.

Destaca el recurrente que la responsabilidad de Biasiori, como consecuencia de su accionar irregular, se relaciona con el art. 1109 del Código Civil, pero la responsabilidad del Estado es directa y objetiva, fundada en el art. 1112, siendo también aplicable el art. 1113 del mismo cuerpo legal. En función de lo expuesto, solicita se anule la sentencia impugnada y se haga lugar in totum a la demanda incoada.

5.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por el **representante del Gobierno de Mendoza debe ser acogido, mientras que los recursos deducidos por la Fiscal de Cámara del Crimen y por el representante de los querellantes particulares y actores civiles deben ser rechazados.**

La primera de las consideraciones obedece a que, en opinión del señor Procurador, corresponde aplicar al caso las eximentes en materia de **responsabilidad objetiva** referidas al hecho de la víctima, que realizó un serie de conductas desacertadas que terminaron perjudicándolo, no advirtiendo imprudencia o negligencia por parte de Biasiori en el acontecer histórico de los hechos, como exige la norma (arts. 1111 y 1113 del Código Civil).

En lo referente a las restantes impugnaciones, considera que los recurrentes pretenden una conducta alternativa, no pudiendo esperarse más que lo que ocurrió, tal como se desprende de la causa.

En relación a la falta de motivación alegada, entiende que, luego de mencionar los fundamentos de la señora Fiscal, el juez enumeró las pruebas y la elaboración que hizo de ellas, concluyendo en forma completa, expresa y clara que existía una duda razonable que no le permitía condenar al imputado.

En cuanto a la valoración probatoria, señala que el soporte técnico agregado no puede reemplazar a la inmediación y que tampoco advierte vulneración al derecho a la publicidad, puesto que la noticia del juicio y su seguimiento tuvo lugar en los medios de prensa, actuando el magistrado en ejercicio de su poder de policía y disciplina en la audiencia de debate.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que de los tres recursos intentados, sólo corresponde dar tratamiento a dos de ellos –el deducido por la parte querellante y por el representante de la Asesoría de Gobierno–, y, como resultado de ello, hacer lugar al oportunamente interpuesto por el representante de los querellantes particulares y actores civiles. Doy razones.

De forma preliminar, debe señalarse que aún cuando la sentencia dictada por la Quinta Cámara del Crimen también ha sido impugnada por la entonces titular de la Primera Fiscalía de Cámara del Crimen, en oportunidad de correrse vista al Procurador ante esta Suprema Corte de Justicia, éste entendió que correspondía **rechazar el recurso deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal** –conforme surge de la reseña efectuada en apartados anteriores–. Esta circunstancia **debe interpretarse como un desistimiento de la impugnación intentada**, en atención al principio de unidad de actuación que caracteriza al Ministerio Público Fiscal y por ser el Procurador el superior jerárquico de aquélla, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 3º y 2º, respectivamente, de la Ley 8008.

Ahora bien, al ingresar en el análisis de los recursos de casación que han sido mantenidos en esta instancia, corresponde destacar que, no obstante la diversidad de planteos formulados, todos ellos se encuentran supeditados a que no se compruebe la vulneración de la **garantía de imparcialidad, de los principios del sistema acusatorio y debido proceso**, denunciada como vicio del debate oral por el representante de la parte querellante.

Tal subordinación obedece a la circunstancia de que, si se verifica la falencia aludida, conduciría a la anulación del fallo –a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4 del C.P.P.– y resultaría infructuoso expedirse en relación a los demás agravios.

Lo afirmado precedentemente se funda también en el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que

imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En virtud de ello, el abordaje de los recursos interpuestos comenzará por el agravio antes referido. En ese orden, cabe señalar que el abogado de la parte querellante se agravia, concretamente, por considerar que el sentenciate **«imprimió al debate oral un sesgo inquisitivo** contrario al sistema acusatorio regulado en el ordenamiento procesal: formulaba preguntas, resolvía incidencias sin vista a las partes, alzaba la voz y faltaba al decoro intimidando a los testigos» (recurso, fs. 946).

En consecuencia, corresponde determinar si en el caso concreto se verifica en el comportamiento del juez interviniente el exceso denunciado, para lo cual resulta conveniente aclarar cuál es su rol en un sistema de enjuiciamiento acusatorio.

De acuerdo al principio de imparcialidad que rige nuestro derecho procesal, el juez competente para dirimir un conflicto con la ley penal no debe estar colocado en la posición de parte, ni realizar aquellos actos que ésta normalmente realiza en ejercicio del interés que representa. De lo que se deriva que el magistrado no debe actuar con iniciativa propia autónoma ni poder impulsorio.

Así, lo ha sostenido este Tribunal al expresar que «[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa.

En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal.

La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría –indefectiblemente– en el favorecimiento de una de las partes del proceso» (causa “Mopardo Dupox”, CUIJ 13-04382197-5).

De igual modo, corresponde destacar que durante el desarrollo del juicio oral, el juez debe ocupar un rol absolutamente pasivo, a fin de mantener su imparcialidad –carencia de interés subjetivo en la solución del conflicto– y su **posición de tercero «imparcial»** –no estar colocado en la posición de parte–, encontrándose su función limitada a tomar una decisión sobre el caso que las partes presenten y en la medida que resulte acreditado. Esa facultad comprende asimismo el deber de garantizar el contradictorio entre las partes procesales.

En función de ello, entiendo que, en la audiencia de debate, el tribunal interviniente debe permanecer **ajeno a todo movimiento impulsor** de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes, y atento a una potencial intervención en salvaguarda de los principios y garantías que inspiran el debido proceso.

Ahora bien, estas consideraciones resultan claramente receptadas por el art. 399 del C.P.P. –referido al modo de formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes–, norma que no posiciona en igualdad de condiciones a las partes y al juez al momento de ejercer esa facultad, conforme se sostuvo en los **precedentes «Mopardo Dupox» –ya citado– y «Flores González».**

En efecto, conforme surge de la disposición citada, los jueces sólo pueden formular preguntas al único efecto de aclarar el sentido de lo manifestado por el deponente, para una mejor comprensión de lo declarado, mas no podrán hacerlo para indagar sobre puntos no abordados por aquél, ni por las partes del proceso. Sentado ello, corresponde determinar si en el caso de autos tales parámetros han sido observados.

La respuesta negativa se impone, puesto que, tal como sostiene el recurrente y surge de las constancias de audio y video acompañadas, el magistrado sentenciante ha excedido el marco de las facultades conferidas por el ordenamiento procesal en oportunidad de efectuarse el interrogatorio de testigos. En ese sentido, basta observar la videograbación de la audiencia correspondiente al día 23/09/2016 para corroborar la afirmación precedente. Así, en el minuto 12'29" a la pregunta formulada por el representante de la parte querellante al testigo Moraga, el presidente del Tribunal interrumpió y contestó por el testigo.

Seguidamente, durante el interrogatorio de la representante del Ministerio Público Fiscal al testigo Oscar Catroppa, el juez interrumpió también a este testigo y preguntó «¿y fue la ambulancia?» (minuto 27'55"). Al continuar el deponente con sus respuestas a las preguntas de la fiscal, el juez volvió a interrumpir al testigo diciendo «si pero eso [...] en general, todos sabemos cómo se asiste a una persona, usted, del hecho en sí, ¿recuerda algo?» (minuto 28'14"). Asimismo y ante una nueva pregunta de la fiscal al testigo, el presidente del Tribunal interrumpió y se dirigió a la acusadora pública diciendo «no recuerda ningún detalle, doctora, porque hace 10 años que ha ocurrido. Si le lee todo, en todo caso, ratificará lo que declaró» (desde minuto 29'43" hasta 29'48"). A continuación y cedida la palabra a la parte querellante, después de que ésta leyera al testigo la declaración que oportunamente efectuara a fs. 25, el presidente interrumpió una vez más preguntando al deponente «[...] ¿usted vio [...] se acuerda de haber visto al joven este, ya que le salía sangre de la cara, se acuerda de haberlo visto en el piso?» (minuto 40'43") y continuó preguntando «¿se acuerda la imagen?, [...] trate de cerrar los ojos y trate de recordar la imagen de ese momento» (desde 40'59" hasta 41'03"); el testigo contestó y el juez volvió a preguntar «estaba vivo [...] ¿cómo estaba el chico? ¿había un montículo de piedra? [...] ¿estaba boca arriba? [...] ¿y las manos se acuerda cómo las tenía?» (desde minuto 41'10" hasta 41'33").

Durante la misma audiencia, una vez tomada la palabra por el abogado de la parte querellante, éste solicitó al testigo que se explayara y, ante la respuesta del deponente de remitirse a lo dicho en su primigenia declaración, el juez tomó intervención expresándole al letrado «Doctor, las cosas tienen límite y le ha dicho que no recuerda, que se remite al acta, en el acta dice que él estaba [...] que recibe a las dos personas, que venía a colaborar, los acompaña adentro y que ya le habían puesto las esposas, que no ve si estaban bien aseguradas o no si estaban bien aseguradas, porque él estaba entrando cuando ya había ocurrido el hecho, al final, dice que sí [...], no entiendo qué quiere agregar con los dos policías que llegaron, si él dice que llegaron dos policías que fueron solicitados y no recuerda más nada. Doctor, hace diez años [...] yo le permitiría hacer cualquier pregunta si ocurrió el año pasado, pero una persona que ya está retirada y hace diez años que ocurrió el hecho [...] no es fácil lo que está preguntando» (desde minuto 44'15" hasta 45'06").

Luego, y ante el reclamo formulado por el acusador privado de que el testigo respondía con actitud reticente y corporativa, el juez expresó «Doctor, han declarado todos, acá han declarado todos abiertamente y no ha hecho ningún planteo, entonces no voy a decir actitud corporativa porque en este debate no ha existido» (desde minuto 45'50" hasta minuto 45'59")

Esta conducta del magistrado que presidió el debate se repitió durante la recepción de otras declaraciones, tales como la de José Víctor Vega y Raúl Poquet, tal como surge de las respectivas constancias de audio y video correspondientes a las audiencias de los días 6 de octubre de 2016 y 26 de noviembre de ese mismo año.

Como se advierte, la intervención del juez sentenciante no se limitó a formular **preguntas aclaratorias**, como autoriza el art. 399 del C.P.P., sino que su comportamiento implicó una clara transgresión de su

deber de actuar como juez ajeno al conflicto y observador imparcial de la actividad de las partes, adoptando un rol protagónico en el descubrimiento de la verdad.

En relación a ese último extremo no puede dejar de señalarse que el sentenciante, por iniciativa propia, hizo todas las gestiones necesarias para localizar al testigo Raúl Poquet, buscando sus datos en la red social Facebook y, luego de ubicar a un amigo suyo que le aportó su número telefónico, lo llamó para lograr su comparendo, conforme lo relató el propio magistrado y consta en el registro correspondiente a la audiencia del día 6 de octubre, ya mencionada.

Esa tarea también aparece como vulnerante de los principios aludidos, puesto que constituye una operación netamente investigativa, propia de las partes procesales, que excede la simple citación a que se encuentra obligada el Tribunal de juicio.

Lo expresado pone de manifiesto la vulneración de la garantía de juez imparcial, la que –según entiendo– constituye un vicio con la entidad suficiente para producir la anulación del debate y de la sentencia que dio lugar a ella, de conformidad a lo dispuesto por el art. 486 del C.P.P.

En definitiva, estimo que **debe anularse el debate** y la sentencia recurrida, debiendo reenviarse la causa a fin de que se desarrolle un nuevo juicio, solución que, además, me exime de entrar en la consideración del resto de los cuestionamientos dirigidos a los actos del debate que culminó en el fallo cuya anulación propicio.

Ahora bien, en virtud de lo expuesto, considero que deviene inoficioso pronunciarme respecto de los agravios formulados tanto por el representante del querellante particular y actor civil como el representante del civilmente demandado, Gobierno de la provincia de Mendoza, en torno a la acción civil ejercida en estos obrados.

Ello, toda vez que la solución aludida implica la modificación de los presupuestos tenidos en cuenta por el a quo para hacer lugar parcialmente a la demanda civil oportunamente deducida por los progenitores de Cristian Reyes y que aquí se cuestiona, por lo que en la instancia correspondiente deberá efectuarse un nuevo análisis y resolución de dicha pretensión.

Por lo tanto, y oído el Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión y hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por el representante de la parte querellante y actor civil.

Asimismo, como consecuencia de la solución adoptada debe declararse abstracto el pronunciamiento referido al recurso de casación interpuesto por ese mismo recurrente y por el Gobierno de la provincia de Mendoza, en relación a la acción civil ejercida en autos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Nanclares y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JORGE H. NANCLARES Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el representante de la parte querellante y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la Sentencia N° 4745 y sus fundamentos dictados por la entonces Quinta Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-33.280/06. A tales fines, deberán remitirse los presentes al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JORGE H. NANCLARES Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JORGE H. NANCLARES Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 945/966 vta. por el representante de la parte querellante, tener por desistido el recurso de casación deducido por la representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 936/944 vta. de autos y declarar abstracto el recurso de casación planteado por el representante del civilmente demandado a fs. 933/935 vta. de estas actuaciones.
- 2.- Anular el debate efectuado, la Sentencia N° 4745 y sus fundamentos dictados por la entonces Quinta Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-33.280/06.
- 3.- Remitir los presentes al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).
- 4.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JORGE H. NANCLARES Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

38- MOLINA GOMEZ. 30-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF AI	PCE IA	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191030_FcMolina.pdf

Lex: Art. 79 y 41 bis, 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del CP.

Vox: Homicidio agravado. Arma de fuego. Amenazas agravadas. Arma impropia. Legítima defensa. Error en los presupuestos de una causa de justificación. Exceso en la legítima defensa. Idoneidad de la amenaza. Non bis in idem. Dolo homicida.

Summa:

El TPC condenó al nombrado a la pena de **catorce años de prisión** e inhabilitación absoluta como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis C.P.) y como autor responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma (art. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación y considera que las resoluciones referidas padecen vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 inc. 1 y 2 CPP.

El **Procurador General** entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto por la Defensa del encartado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 284, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Barrera Miranda
- Murcia Lucero

Parágrafos destacados

“En esta multiplicidad de variaciones del caso –alejadas de una mínima estructura lógica– se advierte una reiteración de la hipótesis del caso propuesta al momento de los alegatos y, como apreció el a quo, no encuentra sustento alguno en la prueba válidamente incorporada al proceso. Es que, Molina Gómez no actuó amparado por ninguna causa de justificación: **no existió legítima defensa**, error sobre sus presupuestos o exceso”.

“En suma, en la sentencia se descarta razonadamente, y con base en la prueba de cargo, que Molina Gómez se haya visto sorprendido por una agresión de Matías Vera o que se haya equivocado respecto a la existencia de la misma. Comprobación que **cancela, a su vez, la posibilidad de un exceso** en la legítima defensa”.

“La **idoneidad de la amenaza** depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima. A su vez, la vara para determinar la línea divisoria entre lo idóneo y lo inidóneo de la amenaza reside en el concepto de «conducta estereotipada»”.

“La actividad de **determinación de la pena** será válida cuando se realice de acuerdo con los principios rectores contenidos en la normativa nacional e internacional, lo cual ha sido alcanzado correctamente por

los jueces sentenciantes...La circunstancia agravante referida se encuentra prevista en el art. 41 C.P. y, como puede advertirse, no se solicitó su inconstitucionalidad en momento alguno”.

“Los letrados defensores no consiguen explicar por cuál razón en este caso nos encontramos frente a una violación del principio ne bis in ídem. Es que la defensa no ha concretado su agravio, limitándose a realizar una crítica abstracta de la actividad del a quo en lo que respecta a este punto, la cual no alcanza para hacer decaer la validez de la sentencia en tanto acto jurisdiccional”.

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

(C.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04719538-6/1((018602-47523)) FC/ MOLINA GOMEZ RAFAEL ALEJO P/ HOMICIDIO SIMPLE (47523) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104795960*

En Mendoza, a los treinta días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04719538-6/1, caratulada “FC/ MOLINA GÓMEZ RAFAEL ALEJO S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO”.

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

La defensa técnica de Rafael Alejo Molina Gómez interpone recurso de casación (fs. 527/536) contra la sentencia de fs. 505/505vta. y sus fundamentos mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de catorce años de prisión e inhabilitación absoluta como autor responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en los autos N° P-47.523/17 (arts. 79 y 41 bis C.P.) y como autor responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma en los autos N° P-14.363/16 (art. 149 bis, primer párrafo, segundo supuesto, C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

Los magistrados sentenciantes tuvieron por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria –en el marco de los autos N° P-47.523/17– «que el 03 de junio de 2017 a las 17:00 horas aproximadamente en oportunidad de encontrarse discutiendo en inmediaciones del lote 1 del asentamiento Néstor Kirchner de Godoy Cruz, el señalado Rafael Alejo Molina Gómez extrajo de entre sus ropas un arma de fuego de puño tipo pistola 9 mm, con la cual, con intención de ultimarlos, efectuó varios disparos contra la humanidad de Matías Alejandro Vera Moureira, impactando al menos uno de ellos en su abdomen y quien falleciera poco después a consecuencias de la herida sufrida» (fs. 508 vta.). Por su parte, determinaron –en el marco de los autos N° P-14.363/16– «que en fecha 07/02/2016 siendo aproximadamente las 16.30 hs. Rafael Alejo Molina ingresó a la vivienda ubicada en Barrio las Palmeras, Manzana F, Casa 18 de Godoy Cruz Mendoza, donde residía Luis Rodrigo Salinas. De inmediato se dirigió al patio, donde se encontraba Luis junto a su familia haciendo sobremesa. Sacó repentinamente una escopeta y comenzó a amenazar a toda la familia manifestándoles que los iba a matar a todos. Tras el pedido del denunciante, al requerirle que desista de tal actitud, Molina sacó la moto, y previo alejarse de la vivienda extrajo un cuchillo de entre sus prendas de vestir; y volvió a decir que los iba a matar. Luego de lo cual llegó personal policial, quienes procedieron a secuestrar el cuchillo» (fs. 517). Para decidir en tal sentido, el a quo valoró (autos N° P-47.523/17) el informe de necropsia; la noticia criminis; el acta de denuncia; el acta de procedimiento, inspección ocular y croquis; el acta de secuestro; el informe de la División Homicidios; los informes de Policía Científica; los informes del Cuerpo Médico Forense; el informe del Centro Estratégico de Operaciones de la Policía de Mendoza; las declaraciones de Vanesa Dávila, Adriana Dávila, Irene Núñez, Marisol Ruth Maureira, Gisel Núñez, Rosa Maureira Mercado, Luisa Vera y

Rafael Molina, así como las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso. Por su parte, en el marco de los autos N° P-14.363/16, el tribunal interviniente valoró las declaraciones de Juan Rodrigo Salinas Gil, Mónica Medina y Yanina Alejandra Medina, entre los principales elementos de convicción.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Molina Gómez considera que las resoluciones referidas padecen vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito.

a.- Vicios in procedendo

En el marco de las actuaciones N° P-47.523/17, el recurrente considera que se encuentra probada la **agresión previa de la víctima** y que ella fue suficiente para generar en Molina Gómez la necesidad de defenderse.

Todo lo cual haría superflua las consideraciones relativas a la posibilidad de huir o de valerse de un medio menos lesivo. En otro orden de ideas, la defensa advierte que el dolo homicida tampoco se ha verificado. Argumenta, en favor de su postura, que no se encuentra acreditado que Molina Gómez haya recogido los casquillos con posterioridad al hecho y que la dirección de los disparos no es suficiente para verificar una «intencionalidad» de matar. En relación con las actuaciones N° P-14.363/16, el impugnante entiende que no se ha alcanzado el estado de certeza necesario para condenar a Molina Gómez como autor del delito de amenazas.

Para fundamentar su punto de vista, advierte contradicciones entre las declaraciones de los testigos de cargo –específicamente en relación con Mónica Medina, Yanina Medina y Salinas–, las cuales darían cuenta de la inidoneidad de los dichos proferidos para causar el temor exigido por el delito imputado. En suma, en relación con ambas causas, el recurrente considera errado al razonamiento del tribunal de juicio y solicita se revoque la sentencia condenatoria dictada en contra de su defendido y se declare su absolución por el estado de la duda, de conformidad con lo establecido en el art. 2 C.P.P.

b.- Vicios in iudicando

Al respecto, la defensa considera que el tribunal de juicio ha vulnerado la garantía del ne bis in idem al reprocharle a Molina Gómez, al momento de individualizar la pena, **circunstancias agravantes** que el legislador consideró comprendidas en la escala penal del delito.

En relación con lo anterior refiere, por un lado, la gravedad del hecho radicada en el injusto y la calidad e importancia de los bienes jurídicos en juego; por otro lado, menciona que la reincidencia no debería ser valorada al **individualizar la pena**, pues como tal funciona como elemento agravante al impedir la posibilidad de obtener beneficios en el momento de la ejecución de la pena. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 546/549). En relación con los agravios esgrimidos por el recurrente en el marco de los autos N° P-47.523/17, considera que, repeler una agresión de una persona ebria y bajo los efectos de la droga –aun cuando hubiese tenido una piedra en la mano, lo cual no se encuentra acreditado–, con una lluvia de proyectiles de un arma de fuego es incompatible con una legítima defensa o con un exceso de la misma. En esta línea, advierte que Molina Gómez tenía otras alternativas frente a la supuesta agresión alegada por la defensa, tales como el alejamiento del lugar del hecho, la simple reducción del atacante o la ejecución de disparos intimidatorios.

Todo ello, a la luz de que la víctima se encontraba desarmada.

En suma, el Procurador General entiende que el caso de autos no presenta los requisitos de una legítima defensa y, por ende, tampoco es posible apreciar un exceso en ella.

Respecto a la causa N° P-14.363/16, el titular del Ministerio Público Fiscal considera que las contradicciones de los testigos que pone de relieve la defensa no alcanzan a conmover el razonamiento del a quo.

Ello en tanto, los testimonios fueron minuciosamente analizados en la sentencia puesta en tela de juicio y de ellos se deriva la efectiva existencia de las amenazas. Finalmente, en relación con el planteo defensivo en el orden de la determinación de la pena, se rechaza el argumento defensivo relativo a una supuesta violación a la garantía del ne bis in idem, pues los elementos del tipo y la reincidencia fueron considerados en el marco del análisis de la naturaleza de la acción y de los medios empleados, conforme la normativa aplicable.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

I- Dolo. Conocimiento de riesgo de muerte.

i.- En el marco de la imputación de los autos N° 47.523/17, en primer término, la defensa estima que no se ha acreditado suficientemente la existencia de **dolo homicida** en el comportamiento de Molina Gómez. Cabe decir que las breves consideraciones defensivas en este punto impiden apreciar en concreto el alcance del agravio.

Con todo, después de realizar un análisis minucioso del razonamiento de los magistrados sentenciantes, entiendo que este se ciñe estrictamente a las reglas de la sana crítica racional.

En efecto, en la sentencia se tratan en detalle los aspectos objetivos del delito en tanto hecho típico, antijurídico y culpable e, igualmente, se analizan particularmente sus aspectos subjetivos. Los jueces sustentaron su condena en el plano del tipo subjetivo, de acuerdo con las reglas de la lógica y la sana crítica racional. Para ello, tomaron como base tres indicios que surgen de distintos tramos del proceso ejecutivo del delito (entendido en sentido amplio).

El primero de los indicios es advertido durante los actos preparatorios del delito, referido al munirse de un arma de fuego para dirigirse a la casa de la víctima; el segundo, verificado durante la ejecución del delito, relativo a la dirección y número de los disparos, así como el calibre del arma de fuego utilizada; y el tercero, durante la etapa posconsumatoria, derivado del modo en el que el acusado se alejó de la escena del crimen e intentó procurar su impunidad al ocultar las vainas servidas.

Dicho de otro modo, fue la correcta interpretación del sentido global del hecho ejecutado por Molina Gómez, basado en la prueba obrante en autos, el que le permitió al tribunal de juicio tener por acreditado el dolo homicida. Estos tres indicios se articulan en el siguiente párrafo de la sentencia: «Molina Gómez pudo advertir, desde la posición en que él mismo se coloca, a distancia, que la víctima no estaba armada, ya que llevaba unos minutos protagonizando peleas y discusiones con su familia, de las que el propio imputado incluso escuchó y luego refirió, las palabras que le habría proferido a Gisel, y habiendo con anticipación, portado un arma de fuego que trajo de su casa [actos preparatorios del delito], de la que conoce perfectamente su lesividad y funcionamiento, pues así lo expresó en el debate, al comenzar a dirigirse a la víctima hacia su persona, sacó el arma y le efectuó varios disparos [ejecución], dándole

muerte, pretendiendo además no dejar rastros ni del arma ni de los casquillos que debieron quedar en el lugar [posconsumación]» (fs. 515).

El párrafo anterior pone de relieve que Molina Gómez actuó dolosamente sin padecer error alguno sobre el sentido o alcance de su conducta, así como en relación con sus consecuencias.

Por ello, acierta el juez sentenciante cuando considera que «el imputado actuó con dolo de homicidio, considerando por ello que las pruebas rendidas y debidamente incorporadas son suficientes para acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal del art. 79 con la agravante del art. 41 bis del Código Penal, con **pleno conocimiento del riesgo de muerte** que su accionar implicaba al hacer uso de un arma de fuego de grueso calibre y considerando para ello también el lugar del cuerpo de Vera adonde fueron dirigidos los disparos, la zona del abdomen y el muslo» (fs. 516).

II- Valoración de la prueba

ii.- Tampoco puede compartirse, todavía en el marco de los **autos N° P-47.523/17**, el agravio relativo a que el tribunal de juicio no ha valorado correctamente la prueba ofrecida por las partes, la cual daría cuenta de que, en realidad, Molina Gómez habría actuado justificadamente. En esta línea, el recurrente realiza un planteo múltiple.

En primer término, postula que Molina Gómez actuó en **legítima defensa** pues, habría sido la víctima quien inicialmente lo intentó agredir con una roca. Acto seguido, sugiere –con base en la declaración del imputado relativa a que tuvo la impresión de que Matías Vera iba a sacar un arma de la cintura– que su defendido habría percibido erróneamente la existencia de una agresión. Finalmente, agrega que, en rigor, se trataría de un exceso en la legítima defensa.

En esta multiplicidad de variaciones del caso –alejadas de una mínima estructura lógica– se advierte una reiteración de la hipótesis del caso propuesta al momento de los alegatos y, como apreció el a quo, no encuentra sustento alguno en la prueba válidamente incorporada al proceso.

Es que, Molina Gómez **no actuó amparado por ninguna causa de justificación: no existió legítima defensa, error sobre sus presupuestos o exceso.**

De la prueba incorporada a la causa surge que entre Molina Gómez y Matías Vera existió una discusión y, en determinado momento, aquel ejecutó serie de disparos que acabaron con la vida de este último. Razonablemente, los jueces explicaron que una víctima excesivamente ebria y bajo los efectos de los estupefacientes poca amenaza podía significar para el autor de los disparos, aun cuando hubiese tenido en su poder una roca –circunstancia que el a quo no considera probada– (véase fs. 513 vta./514).

Esta explicación de los hechos se encuentra sostenida en el resultado de los exámenes practicados al occiso y las declaraciones de los testigos presenciales.

En efecto, la necropsia de fs. 134/136, y el informe del perito del Cuerpo Médico Forense, determinaron, respectivamente, que los disparos se dirigieron a órganos vitales y que estos fueron ejecutados a pocos metros de la víctima con una pistola 9 mm.

Por su parte, si bien los testigos coinciden en una serie de **reyertas familiares** que prologaron el trágico hecho, estas no son suficientes para afirmar que existió una agresión por parte de Matías Vera.

El a quo dejó en claro, después de un minucioso análisis de los testimonios a la luz del resto del plexo probatorio, que se encontraba debidamente acreditado que Molina Gómez empuñaba un arma de fuego y le disparó a la víctima con resultado fatal.

En palabras de los sentenciantes: «podemos también tener por probado que efectuó varios disparos aun cuando solo dos impactaron en el cuerpo de la víctima y que se dio a la fuga con el arma y luego de

levantar los casquillos, contrariamente a lo afirmado en cuanto a que tiró el arma en la acequia» (fs. 513 vta.).

Para alcanzar esta conclusión, que en parte desvirtúa casi completamente la hipótesis defensiva, los magistrados intervinientes realizaron una comparación de la cantidad de disparos oídos por los testigos del hecho, la inexistencia de vainas servidas halladas en el lugar de los hechos –conforme el acta de procedimiento de fs. 09/10, la reconstrucción del hecho a fs. 137/151 y las fotografías de la escena del crimen– (véase en detalle fs.1473, 513 vta.).

En la misma línea, acertadamente el descargo de Molina Gómez fue considerado por el a quo como poco convincente.

En el juicio, el imputado sugirió que fue Matías Vera el que lo intentó atacar con una roca y que, a su vez, le habría generado la impresión de que iba a sacar un arma de fuego de su cintura. Versión que no consigue erigirse como una explicación alternativa de los hechos frente a la hipótesis acusatoria. Los jueces explicaron que «de las testimoniales rendidas y aún cuando a casi todas las una algún parentesco con el imputado, su suegra Rosa, su ex pareja Gisel, su cuñada Irene, surge que el imputado se mantuvo alejado de la pelea entre Matías, Vanesa, Gisel, Carlos y Rosa [...]».

Fue el imputado, quien al salir de su casa tomó un arma que estaba en su casa, a pesar de pretender instalar en el debate no solo que no tenía intenciones de ir al lugar y fue por insistencia de su esposa, en un discurso similar al de su pareja pero contradicho por su suegra Rosa que claramente dijo en que ella no quería que él viniera, sino que fue ésta, por Gisel, quien portaba el arma y él se la habría arrebatado, sorprendido por la actitud y a modo de protección para con ésta» (fs. 513).

En otro orden de ideas, tampoco le asiste razón a la defensa cuando objeta que no se encuentra probado que el imputado haya levantado los casquillos con posterioridad a la ejecución de los disparos. El tribunal de juicio es claro en este punto y afirma que «si bien esta circunstancia puede no ser determinante, aporta elementos acerca de la necesidad de encubrir el hecho, así como, lo que ya he afirmado, acerca de que no solo se fue con el arma, contrariamente a lo afirmado por el imputado» (fs. 513 vta.).

Sentado lo anterior, se advierte que las manifestaciones del imputado, relativas a la agresión de Matías Vera no encuentran asidero en las constancias de la causa y ello ha sido explicitado correctamente por el a quo.

En suma, en la sentencia se descarta razonadamente, y con base en la prueba de cargo, que Molina Gómez se haya visto sorprendido por una agresión de Matías Vera o que se haya equivocado respecto a la existencia de la misma. Comprobación que cancela, a su vez, la posibilidad de un exceso en la legítima defensa.

III- Idoneidad de los dichos

iii.- Finalmente, en relación con las **actuaciones N° P-14.363/16**, la defensa pone de relieve contradicciones entre los testigos de cargo, las cuales darían cuenta de la inidoneidad de los dichos proferidos para causar temor en la víctima.

En concreto entiende que las víctimas no habrían experimentado el temor exigido por la figura penal imputada a Molina, pues se trataba de amenazas mutuas en un contexto de discusión «entre todos [que se] estaba yendo de las manos» (fs. 534 vta.).

Por ello, intenta quitarle sentido al llamado a la policía, descontando el temor experimentado por la conducta de Molina Gómez. A pesar del esfuerzo defensivo, los agravios referidos en relación con la interpretación de la prueba no tienen la fuerza suficiente para fracturar el razonamiento del a quo.

En primer lugar, porque no se realiza una exposición clara de cuáles serían las contradicciones que se advirtieron en los testigos de cargo y cómo estas habrían viciado el razonamiento del juez.

Los testigos fueron claros en relación con el devenir de la discusión y respecto a la conducta del imputado quien habría proferido dichos amenazantes provisto de una escopeta y un cuchillo en el lugar donde residía Luis Rodrigo Salinas.

Asimismo, tampoco es suficiente la interpretación propuesta por la defensa en relación con el llamado a la policía, pues es razonable pensar que este encontró razón en el miedo generado por la conducta del imputado y no porque la discusión se fuera de las manos, como entiende el recurrente.

Estas contradicciones puestas de relieve por la defensa también son una reiteración del planteo realizado al momento de los alegatos, el cual fue refutado correctamente por el tribunal de juicio.

Así, a fs. 517 vta./518 se analizó el testimonio de Luis Rodrigo Salinas quien afirmó la existencia de la discusión y las amenazas. Cabe destacar que éste, al momento de ser preguntado por si recibieron amenazas de parte del imputado, contestó afirmativamente, lo cual condujo al tribunal a estimar que su declaración al momento de radicar la denuncia es precisa en relación con el tono de las amenazas y su **idoneidad** para causar temor (véase análisis de fs. 518 vta./519).

En otro orden de ideas, se comparten las apreciaciones del a quo cuando advierte que, si bien el testimonio de Mónica Medina durante el debate tuvo matices –principalmente cuando expresa que no habría experimentado temor, que el arma no funcionaba y que se había arrepentido de interponer la denuncia–, fue categórico al momento de radicar la denuncia y al momento de ratificarla una semana después del hecho.

Lo mismo apreció, correctamente, en relación con el testimonio de la niña Yanina Medina (fs. 518 vta.). Es que todos los testigos coincidieron en relación con la existencia de las armas en poder del imputado al momento de proferir los dichos amenazantes, así como en lo que respecta a las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Con base en lo anterior, el tribunal de juicio consideró que «a pesar de las contradicciones apuntadas, podemos concluir que todos ubican al imputado en el escenario de los hechos, en tanto refieren que estaban en una reunión familiar de la que éste no participaba; que llega el imputado; que portaba una escopeta, que les profirió dichos amenazantes [...] y que, al retirarse, exhibió un cuchillo; que llamaron a la policía y que dicho cuchillo resultó secuestrado» (fs. 518 vta.).

En efecto, como ya he tenido de señalar en otras oportunidades –véase por todos «Murcia Lucero»–, el bien jurídico tutelado por la norma en cuestión es el libre desenvolvimiento de la voluntad de la víctima, que a través de la amenaza ve puesta en tela de juicio su posibilidad de elegir su actuar de modo libre de injerencias.

Si esto es así, la idoneidad de la amenaza depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima. A su vez, la vara para determinar la línea divisoria entre lo idóneo y lo inidóneo de la amenaza reside en el concepto de «conducta estereotipada».

Pues bien, interrumpir una reunión familiar munido de una escopeta afirmando que iba a matar a todos los presentes y, al retirarse, reiterar la expresión con un cuchillo en mano, debe considerarse una conducta que vulnera los fines que tutela la norma.

Por lo que **la faz objetiva del tipo endilgado** se encuentra corroborada.

En consecuencia, entiendo que, en relación con la causa N° P-14.363/16 el recurso defensivo también debe ser rechazado.

IV- Crítica a la determinación de la pena.

iv.- En último lugar, el recurrente critica la actividad de determinación de la pena llevada adelante por el tribunal de juicio.

En concreto, se agravia en que este habría violado la garantía del *ne bis in ídem*. Como dije, la estrategia defensiva en este plano es doble. En primer término, explica que, al momento de individualizar la pena, el juez valoró circunstancias típicas que hacen a la figura penal imputada.

Es decir, que la **sentencia ponderó la gravedad del hecho y la calidad e importancia de los bienes jurídicos en juego**, elementos que son la *ratio essendi* del homicidio.

Sin embargo, el vicio que propone la defensa no puede compartirse. Ello en tanto, no estamos frente a una sentencia dogmáticamente tautológica –que postule algo del estilo «el autor ha realizado un hecho grave porque ha matado»–, sino que al subrayar la gravedad del hecho y la calidad e importancia de los bienes jurídicos en juego, el tribunal de juicio realizó una referencia genérica previa al análisis concreto de la naturaleza de la acción y de los medios empleados.

En este sentido, los jueces de sentencia aclararon que «aun cuando ello esté contenido en el tipo» (fs. 524 vta.) el imputado es conocedor de armas de fuego y de su alto poder vulnerante, todo lo cual se une al hecho de que, las circunstancias en las que se produjo el homicidio, pudo ponerse en peligro la vida de terceros que se hallaban en la vía pública.

Como ya se ha pronunciado este tribunal en otras oportunidades (véase, por ejemplo, «**Barrera Miranda**»), la actividad de determinación de la pena será válida cuando se realice de acuerdo con los principios rectores contenidos en la normativa nacional e internacional, lo cual ha sido alcanzado correctamente por los jueces sentenciantes.

En segundo término, la defensa propone un razonamiento estructuralmente análogo, pero ahora en relación con la reincidencia, y afirma que esta no podría influir en el monto de la pena aplicar en tanto su función específica radica en un régimen de ejecución de la pena más severo.

Pero esta observación tampoco puede ser compartida.

En efecto, la circunstancia agravante referida se encuentra prevista en **el art. 41 C.P.** y, como puede advertirse, no se solicitó su inconstitucionalidad en momento alguno.

Sumado a lo anterior, más allá de la intensa discusión que atraviesa a este instituto, tanto en el plano procesal como en el plano sustancial, lo cierto es que los letrados defensores no consiguen explicar por cuál razón en este caso nos encontramos frente a una violación del principio *ne bis in ídem*.

Es que la defensa no ha concretado su agravo, limitándose a realizar una crítica abstracta de la actividad del *a quo* en lo que respecta a este punto, la cual no alcanza para hacer decaer la validez de la sentencia en tanto acto jurisdiccional.

En suma, la crítica formulada por el recurrente tanto en el plano de los vicios *in procedendo* como en el plano de los vicios *in iudicando* deben ser descartados. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 527/536 por la defensa técnica de Rafael Alejo Molina Gómez.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada. 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 30 de octubre de 2019.-

39- LUQUE. 07-11-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcLuque.pdf

Lex: Art. 79 CP. Ley 26485. CDN. Art. 474. Convención Belem Do Pará.

Vox: Homicidio Simple. Valoración de la prueba. Prueba testimonial. Violencia de género. Determinación de la pena. NNA.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de a la pena de **veinticuatro años de prisión** por el delito de homicidio simple. La víctima es una niña.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sus agravios: 1-valoración de la prueba. 2- determinación de la pena.

El **Procurador General** entiende que el recurso debe ser rechazado, que el monto de la pena se encuentra debidamente fundado, y que la sentencia impugnada debe ser convalidada en su totalidad.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 376, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Manzur Zapata. 11-09-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcMZY.pdf

Párrafos destacados:

“Desde esa perspectiva, no puede soslayarse que el contexto en el que se desarrollaron los acontecimientos investigados revela la existencia de una situación de violencia de género, no sólo en relación a la víctima sino también respecto de la testigo cuya declaración se cuestiona, y así lo ha puesto de resalto el sentenciante. Siendo así, cabe recordar que la legislación vigente, tanto en el orden nacional como internacional, impone «un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de [la problemática aludida]”

“En ese orden, y tal como se ha señalado en diversos precedentes «[...] la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”» y ha establecido «en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los

comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas”

SCJM. Dra. **Orbelli.** Dra. Isuani. Dr. Llorente (Licencia).

(A.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04722275-8/1((018601-134987)) FC/ LUQUE RUARTE ADRIAN MARIANO P/ HOMICIDIO SIMPLE (134987) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104798822*

En Mendoza, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04722275-8/1 caratulada “F. C/ LUQUE RUARTE, ADRIÁN MARIANO P/ HOMICIDIO SIMPLE S/ CASACIÓN”.

De acuerdo a las facultades conferidas por la Acordada N° 5845, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DRA. ALEJANDRA ORBELLI, segundo DRA. MARINA ISUANI y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Adrián Mariano Luque Ruarte interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 376, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de veinticuatro años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 del C.P.); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-134.987/12.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. ALEJANDRA ORBELLI, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, expresando que «el día 4 de septiembre del 2.012, en la casa donde vivía Luis Currallanca en la finca Aragón sita en calle Rama N° 4 a unos cuatrocientos metros al sur de la Ruta 36 del distrito de Tres de mayo del departamento de Lavalle su morador Adrián Mariano Luque Ruarte, en la cocina de dicha vivienda estranguló a la menor de edad Johana Chacón, colocándole una soga alrededor del cuello hasta ocasionarle la muerte por asfixia. Posteriormente trasladó el cuerpo hacia un tacho de doscientos litros que se encontraba en la finca, donde la introdujo y luego la prendió fuego, días más tarde al enterarse que harían un rastrillaje en el lugar traslada los restos de Johana Chacón, motivo por el cual solo se encuentra un fragmento de metatarso calcinado» (fundamentos, fs. 2727 vta.). Para llegar a esa conclusión, el Tribunal se basó en una serie de indicios concretos «acreditados por prueba directa», los que fueron valorados de acuerdo a su cantidad, a su interrelación, y a la vinculación existente entre ellos y la declaración brindada por la única testigo presencial, Beatriz Chacón.

2.- El recurso de casación de la defensa del imputado

Los recurrentes promueven su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. Sostienen que la sentencia recurrida es arbitraria, por desestimar sin fundamento serio la prueba demostrativa de la inexistencia del delito de homicidio y por la forma absolutamente subjetiva en que se valoraron las pruebas rendidas en el proceso.

En ese orden, cuestionan el valor convictivo otorgado por el sentenciante a la declaración testimonial de Beatriz Chacón, a pesar de haberse acreditado mediante el CMF y las diversas declaraciones que ha efectuado a lo largo del proceso que se trata de una testigo mentirosa, según entiende.

Al respecto, sostienen que la versión dada por esta testigo se encuentra desvirtuada por la declaración del testigo Agnasco y por la actuación de los canes rastreadores de la policía, conforme los cuales Johana Chacón estaba viva una hora después del momento en que habría sido asesinada y quemados sus restos, según el relato de Beatriz Chacón.

Refieren que si la niña que vio a Agnasco no era Johana debió haberse investigado quién era y no se hizo, lo que trae aparejada la responsabilidad del fiscal actuante. Consideran que la veracidad del testimonio de Agnasco es indudable, en tanto no tenía por qué mentir ni modificar los hechos que vio.

En ese sentido, la supuesta parcialidad por interés alegada por el fiscal carece de toda seriedad y se funda principalmente en el incumplimiento de sus deberes, al no investigar si al niña que vio Agnasco era o no Johana Chacón.

Por otro lado, mencionan que esa declaración fue corroborada por los canes de la policía que rastrearon a Johana desde el portón de la finca Acis, hacia el norte, y hasta el lugar en que Agnasco vio a Johana esa tarde a las 16:30 o 16:45 horas. Esto demuestra, en opinión de los recurrentes, que Johana no entró a la finca y que la testimonial de Beatriz Chacón es falsa. De igual modo, cuestionan la declaración de los testigos protegidos “A” –Andrea Belén Violato– y “B” –Mariano Campos–.

Al respecto, expresan que si bien Violato manifestó haber visto a Johana encerrada en el «sauna» donde trabajaba mediante una declaración sencilla y sin ningún interés, el fiscal la descalificó porque la testigo era prostituta y por considerar que tenía un interés, consistente en querer cambiar de trabajo.

Sostiene que ambos testigos dicen haber visto a Johana Chacón viva en un sauna muchos días después de su desaparición y se presentaron a declarar en enero de 2013, lo que –a su criterio– descarta el homicidio relatado por Beatriz Chacón.

Asimismo, los recurrentes señalan que la única prueba que fundamenta la sentencia recurrida es la declaración testimonial de Beatriz Chacón, la que –según entienden– es falsa y ha sido «armada» conjuntamente con la Policía de Mendoza.

Ello, toda vez que declaró siete veces sin decir absolutamente nada del hecho; luego, después de tres años y ante el ofrecimiento de recompensa, fue trasladada por la policía a la Fiscalía Federal, donde declaró que ella había presenciado como Luque quemaba el cuerpo de su hermana; y, finalmente, ante la Fiscalía provincial expresó que lo que dijo con anterioridad no era cierto y que ella vio la muerte de Johana, quien fue ahorcada por Mariano Luque con una soga y, luego, cómo éste quemó su cuerpo.

En esa línea, mencionan circunstancias relatadas por la testigo que carecen de verosimilitud, como que Luque quemó y enterró a Johana Chacón y luego la desenterró y se llevó los restos, que la quemó en un tacho a cielo abierto con un bidón de combustible en dos horas.

Además, no se explican los impugnantes cómo pudo ser que Marisol, su mamá y Martín Chacón no sintieran el olor de la carne humana quemándose cuando pasaron esa tarde por la Rama 4 a saludar a Beatriz Chacón.

En relación a la pericia psiquiátrica realizada por el CMF en abril de 2016, expresan que en ella se sostuvo que Beatriz Chacón puede mentir, acomodar y ocultar información con fines gananciales, lo que hace dudosa la credibilidad de sus dichos.

Sin embargo, estas circunstancias fueron soslayadas por el sentenciante, lo que vicia su fundamentación. Agregan que, si bien el Dr. Profili expresó que cree en la versión dada por Beatriz Chacón, teniendo en cuenta que ella mencionó que Johana se orinó como consecuencia de haber aflojado esfínteres al morir, esto no es más que una opinión personal y parte de la mentira armada por Beatriz Chacón con la policía que la «patrocinaba».

Refieren que esa defensa ha aportado pruebas de que la testigo no es una persona honesta, respetable y creíble, tales como hacer colocar en su casa el servicio de DirecTV con los datos de Currallanca y haber utilizado la cama matrimonial de sus benefactores para acostarse con un obrero rural.

Con respecto a las pericias sobre los restos óseos, sostienen que la única prueba con seriedad científica es el informe del CMF elaborado por el Dr. Luque, quien afirmó que el estado y tamaño de las piezas óseas no permitían afirmar categóricamente más de lo que él afirmó, es decir, «alta probabilidad de especie animal no humana».

En definitiva, sostienen que la única prueba que existe contra su defendido es la declaración de Beatriz Chacón, la que debe ser desestimada por falsa e inverosímil.

Agregan los recurrentes que se ha justificado la conducta de la testigo, aplicando la perspectiva de género y suponiendo una situación de sumisión a Currallanca que no es real, puesto que la familia Currallanca cuidó bien de Beatriz Chacón y sus hermanos.

En forma subsidiaria, la defensa de Mariano Luque Ruarte solicita una reducción del monto de la pena impuesta, por considerar que se ha efectuado una arbitraria interpretación de la prueba que la determinó. En esa línea, entienden que el tribunal tuvo por acreditado erróneamente que el imputado había abusado de Johana, puesto que ello no surge ni de las declaraciones testimoniales, ni de la prueba de ADN incorporadas a la causa.

Asimismo, señala que se le ha aplicado casi el máximo de la escala penal prevista para el homicidio simple como si hubiera agravantes, cuando no las hay. En función de lo expuesto, solicitan que se haga lugar al recurso y se anule la sentencia impugnada. Formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Corrida la vista pertinente, el Procurador General considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado, puesto que los puntos de agravio han obtenido adecuada respuesta en los fundamentos brindados por el sentenciante.

Asimismo, señala que la pena impuesta se encuentra debidamente fundada y, si bien el a quo no se refirió al punto señalado por la defensa, hizo un análisis integral a la luz de los artículos 40 y 41 del CP.

En consecuencia, entiende que corresponde convalidar en su totalidad la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dra. Orbelli. Preopinante.

Por diversas razones adelanto que, por un lado, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Mariano Luque Ruarte y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada.

A los fines de un correcto análisis de los agravios casatorios propuestos por la recurrente, resulta conveniente abordar su tratamiento en torno a dos tópicos, sobre los que giran, según entiendo, los cuestionamientos a la fundamentación del fallo condenatorio, a saber: a) valoración probatoria; y b) determinación de la pena impuesta.

a) Consideraciones sobre la **valoración probatoria** efectuada por el sentenciante y cuestionada por la recurrente

i.- La defensa del imputado cuestiona el valor convictivo adjudicado por el sentenciante a la declaración testimonial de Beatriz Chacón, en virtud de que ésta se encontraría desvirtuada por la declaración del testigo Agnasco y por la actuación de los canes de la Policía de Mendoza.

Sin embargo, advierto que no le asiste razón a la impugnante en esta crítica, puesto que, tal como expresó el a quo compartiendo los argumentos del Fiscal de Cámaras, la declaración testimonial de José Agnasco no posee la entidad suficiente para desvirtuar la contundencia de los dichos de Beatriz Chacón.

En efecto, si bien el testigo referido sostuvo que vio a Johana Chacón en un horario que no resulta compatible con aquél en el que se produjo su muerte, conforme lo expresado por su hermana Beatriz, lo cierto es que la descripción de la vestimenta que llevaba la niña observada por Agnasco (uniforme escolar, remera blanca, campera azul y pantalón de jean) no coincide con la ropa que vestía Johana al momento de su desaparición. A su vez, debe considerarse que lo observado por este testigo tampoco coincide con lo que vieron su esposa e hija, que lo acompañaban en esa oportunidad y, fundamentalmente, que Agnasco no conocía a Johana, por lo que difícilmente podría afirmar que se trataba de ella.

Estas circunstancias ponen de resalto que la persona que este testigo vio no sería Johana Chacón y, en consecuencia, su declaración no resulta suficiente para desacreditar la de la hermana de la víctima. Si bien la defensa del imputado se agravia del supuesto interés que el órgano acusador le atribuyó a la declaración del testigo Agnasco, basada en que era él y Curallanca – padrastro del imputado– eran conocidos de la infancia, cabe señalar que esa circunstancia no ha sido determinante al momento de definir el valor convictivo de los datos que aporta.

Por el contrario, y tal como se anticipó, la razón que llevó al Fiscal de Cámara y al sentenciante a no otorgar la credibilidad que pretende el recurrente no es más que la falta de coincidencia de los dichos de Agnasco con otros elementos de la causa, lo que estimo adecuado.

ii.- En lo que concierne al planteo relativo a que los resultados de la tarea llevada a cabo por el Cuerpo de Canes de la Policía de Mendoza también pondrían en dudas los dichos de Beatriz Chacón, considero que tampoco le asiste razón a los recurrentes.

Es que, si bien la defensa de Luque sostiene que los perros rastrearon a Johana desde el portón de la finca Asis en dirección norte, hasta el lugar en el que el testigo Agnasco supuestamente la vio a las 16:30 o 16:45 horas, estas circunstancias no surgen más que de su hipótesis de los hechos, pero de ningún modo han sido corroboradas en autos.

En efecto, tres de los funcionarios que intervinieron en los rastreos con canes llevados a cabo en autos – tres procedimientos– manifestaron que las medidas fueron negativas.

Este resultado no sólo se refiere a la falta de hallazgo de la víctima, sino también a que no se encontraron elementos indiciarios para iniciar una búsqueda de personas, tal como declararon los oficiales de policía Tonini, González y Moyano en la audiencia de debate celebrada el día 18 de octubre de 2018.

En ese orden, cabe destacar que, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, el rastreo en la zona en la que Johana Chacón descendió del colectivo también dio resultado negativo.

Así, el efectivo González expresó que él intervino personalmente en la medida el día que desapareció la niña, que en esa oportunidad, trabajó sobre la parada de colectivo donde le dijeron que la vieron descender, pero que el perro que él guiaba «no direccionó hacia ningún lado», que lo demás fue todo rutinario y que se desplazaron hacia el norte y hacia el sur de la parada de colectivos, pero no más de cincuenta metros hacia todas las direcciones, sin obtener ningún dato de relevancia, conforme surge de las constancias audiovisuales de la audiencia antes consignada.

En virtud de ello, no advierto de qué modo el procedimiento analizado puede desvirtuar la declaración de Beatriz Chacón, como sostiene la impugnante y, en consecuencia, ese argumento no puede prosperar.

iii.- La defensa técnica de Luque también pretende desvirtuar la declaración de Beatriz Chacón, contrastándola con los dichos de los testigos de identidad reservada “A” y “B”. Señala que el fiscal

descalificó estas declaraciones porque la testigo “A” ejercía la prostitución y porque pretendía obtener otro trabajo mediante tal acto.

Al respecto, debo señalar que, sin bien es cierto que el sentenciante no le ha otorgado a las declaraciones aludidas el valor convictivo pretendido por la recurrente, las razones por las que esos testimonios fueron descartados se centran en que, de acuerdo a las condiciones en que la testigo “A” observó a la personas que supuestamente era la víctima de autos, no se podía afirmar con certeza que se tratara de la misma persona, máxime cuando la contundencia de la declaración de Beatriz Chacón –corroborada mediante otros elementos indiciarios– refería que Johana Chacón habría muerto el día de su desaparición.

En ese sentido y aún cuando el fiscal haya sostenido que la testigo de identidad reservada “A” y su pareja, el testigo “B”, concurrieron a declarar con un interés concreto en el proceso (fundamentos, fs. 2703 vta.), resulta claro que el a quo no descartó sus declaraciones por ese motivo, sino porque sus dichos, en sí mismos, no resultaban lo suficientemente fiables para desacreditar la declaración de Beatriz Chacón.

Concretamente, porque la testigo “A” dijo no conocer a Johana más que por fotos y debido a que la situación en que vio a la mujer que supuestamente era Johana –dentro del «sauna», en una habitación mal iluminada, mientras la testigo hablaba con otras personas que se encontraban «drogadas», según sus propios dichos– no resultaban las óptimas para identificar a una persona que no se conoce personalmente.

De tal razonamiento no surge ninguna arbitrariedad que permita acoger el agravio casatorio bajo análisis.

iv.- Asimismo, los recurrentes expresan que la declaración de Beatriz Chacón, la que consideran única prueba de cargo contra su defendido, debe ser desestimada por falsa e inverosímil, atribuyéndole una serie de defectos, tales como: haber sido «armada» conjuntamente con la Policía de Mendoza para cobrar recompensa; tener inconsistencias en el relato; no ser la testigo una persona honesta y respetable; y, por haberse justificado su conducta con fundamento en una situación de sumisión a la familia Curallanca que no es real.

No obstante, advierto que tales críticas no resultan novedosas y han sido adecuadamente refutadas por el sentenciante en el fallo cuestionado, no surgiendo de los agravios casatorios ningún vicio con entidad suficiente para desvirtuar los argumentos del a quo.

Así, el tribunal de juicio expresó que estaba de acuerdo con el Fiscal en cuanto a «la credibilidad de la testigo Beatriz Chacón cuando rinde testimonial ante el Tribunal de Juicio y el [por qué] de la existencia de declaraciones en otro sentido durante los primeros momentos de la [i]nvestigación [p]enal [p]reparatoria» (fundamentos, fs. 2709).

En ese orden, indica que de la «declaración rendida en la audiencia de debates [...] surge con claridad meridiana que la autoría de Luque Ruarte en el hecho, del que la declarante fue testigo presencial». Sostiene el sentenciante que la declaración de Beatriz Chacón «es corroborada por el Subcomisario Cepeda», quien señaló que, en base a su experiencia como investigador, «ese relato era cierto y que [Beatriz] estaba conmocionada cuando se lo contaba» (fundamentos, fs. 2710 vta./2711).

En el mismo sentido, refiere que lo expresado por el Dr. Profili –psiquiatra del CMF– en cuanto a la veracidad de esos dichos, basado en el correlato emocional de la declarante, y la circunstancia de que se hayan encontrado restos óseos de origen humano en el lugar en el que el imputado quemó el cuerpo de Johana Chacón, según lo expresado por su hermana Beatriz, le otorgan credibilidad a su relato.

Cabe referir que, si bien la recurrente cuestiona la explicación dada por los órganos acusadores y por el a quo en relación a los vaivenes o inconsistencias en la declaración de la testigo a lo largo del proceso,

basada en el predominio patriarcal de Luis Curallanca –padraastro del imputado–, lo cierto es que la recurrente no aporta elementos para desvirtuar tal razonamiento.

En efecto, de las constancias de la causa surge claro que Beatriz Chacón no estuvo en condiciones de contar lo que sabía acerca del fallecimiento de su hermana hasta que, fuera de la órbita de influencia de la familia Curallanca y liberada de la presión que ésta ejercía –puesto que ya no vivía con ellos–, decidió contar los hechos por ella presenciados al subcomisario Cepeda. Aun cuando la defensa de Luque afirme que Beatriz Chacón no se encontraba sometida a Curallanca, toda vez que él y su familia cuidaron bien de la testigo y sus hermanos, este argumento no resulta suficiente para refutar la existencia del dominio patriarcal que tuvo por cierto el a quo y tampoco impide sostener que Luis Curallanca haya querido evitar que Beatriz perjudicara con su declaración a uno de los miembros de su familia –Mariano Luque– y que esta circunstancia haya sido un obstáculo para que la testigo haya manifestado no saber nada de los hechos durante la investigación penal preparatoria.

Tampoco pueden desvirtuar la contundencia de su declaración, las afirmaciones de la recurrente relativas a que la testigo «no es una persona honesta y respetable», puesto que tales apreciaciones de índole moral o el modo en que la testigo se conduce en la vida no resultan parámetros objetivos que permitan calificar sus dichos de creíbles o no.

Desde esa perspectiva, no puede soslayarse que el contexto en el que se desarrollaron los acontecimientos investigados revela la existencia de una situación de violencia de género, no sólo en relación a la víctima sino también respecto de la testigo cuya declaración se cuestiona, y así lo ha puesto de resalto el sentenciante.

Siendo así, cabe recordar que la legislación vigente, tanto en el orden nacional como internacional, impone «un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de [la problemática aludida]».

En ese orden, y tal como se ha señalado en diversos precedentes «[...] **la ley nacional 26.485** es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres"» y ha establecido «en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de **vulnerabilidad de las personas involucradas**» (cfr. “Merlo Lassa”, “Ojeda Pérez” y “Manzur Zapata”, entre otros), tal como ha procedido el a quo al valorar los dichos de Beatriz Chacón.

En lo que respecta a un posible «armado de la declaración» por parte de la testigo y de la Policía de Mendoza, con la finalidad de cobrar recompensa, corresponde aclarar que Beatriz Chacón «nunca reclamó recompensa alguna», tal como sostuvo el fiscal oportunamente (fundamentos, fs. 2706 vta.).

En definitiva, considero que los cuestionamientos analizados en este apartado no poseen la entidad suficiente para descalificar los dichos de Beatriz Chacón, a los que el sentenciante consideró veraces y creíbles. v.- La defensa de Luque también se agravia por entender que el a quo ha otorgado credibilidad a la declaración de Beatriz Chacón, omitiendo considerar que de la pericia psiquiátrica realizada por el CMF en abril de 2016 se expresa que la testigo podía mentir, acomodar y ocultar información con fines gananciales, lo que la torna dudosa su credibilidad.

Sin embargo, tal circunstancia no se condice con los argumentos vertidos por el sentenciante, al fundar la decisión que aquí se cuestiona.

En efecto, de los fundamentos bajo estudio puede advertirse un pormenorizado análisis de sus dichos y de las constancias de la causa.

Así, el relato de Beatriz Chacón fue confrontado con otros elementos de prueba incorporados al proceso, tales como la declaración del Subcomisario Céspedes, las fotos de la escena del crimen agregadas a fs. 2640, 2641, 2646 y 2647 – donde se observan elementos y circunstancias que resultan coincidentes con el relato de la testigo–, y el informe pericial de fs. 2615/2617 –del que surge que los restos óseos hallados en el lugar indicado por Beatriz Chacón resultan compatibles con la edad de Johana al momento de su desaparición–, entre los más relevantes; entendiendo el sentenciante que éstos no hacen más que corroborar la veracidad de su declaración. Si bien es cierto, que de lo declarado por la Dra. María de los Ángeles Quiroga – médica psiquiátrica del CAI–, por la Lic. Stella Maris Mathus del CMF y por la Lic. Monetti – profesional del CAI–, surge que el relato de Beatriz Chacón era poco creíble, toda vez que «evidentemente había cosas de las que no quería hablar, que notaron una fuerte presión externa como que su discurso no era espontáneo, que ella decidía ocultar información o no brindarla [...]»; no puede soslayarse, como destacó el sentenciante, que estas entrevistas tuvieron lugar «mientras [la testigo] estaba todavía bajo el cuidado de Luis Curallanca, una vez que sale de ese círculo ya estando en Tunuyán logra decir lo que vio» (fundamentos, fs. 2725 y vta.).

Por otro lado, el a quo basó la credibilidad de los dichos de Beatriz Chacón en las conclusiones del **Dr. Profili**, quien dio sobradas razones durante el debate en virtud de las cuales entendió que «la testigo **no [mintió] en su declaración**» (fundamentos, fs. 2726).

No pasa inadvertido que la defensa del imputado cuestiona al referido profesional, por considerar que sus conclusiones no pasan de ser una opinión personal.

Al respecto, cabe destacar, por un lado, que idéntico cuestionamiento fue desarrollado por los hoy recurrentes como parte de sus alegatos en el debate oral y público y rechazados de forma adecuada por el sentenciante a fs. 2726 de sus fundamentos.

Así el sentenciante, luego de desarrollar cada uno de los extremos que abordó el perito en respuesta a las inquietudes de las partes, entendió que «el Dr. Profili para nada da respuestas subjetivas, sino que desde su ciencia va interpretando los dichos de Beatriz y Curallanca [...] y [...] concluye que la testigo no miente en su declaración, en la que dice haber visto a Luque cometer el homicidio».

Por otro, debe señalarse que este argumento casatorio no resiste el menor análisis, puesto que la defensa de Luque Ruarte se ha limitado a sostener que las **conclusiones del perito son subjetivas**, sin indicar con base en qué elementos de prueba o defectos del dictamen formula tal argumento.

De ello surge que la crítica no es más que una apreciación personal de los impugnantes sin correlato en las constancias de la causa, lo que conduce a su rechazo en esta instancia. Por lo expuesto, los puntos de agravio analizados precedentemente no pueden tener acogida favorable.

vi.- En otro orden, la recurrente cuestiona las pericias realizadas en el CMF, por profesionales del CONICET, sobre los restos óseos hallados en la marco de la presente causa (fs. 2615/2617), expresando que la única prueba con seriedad científica es el informe por el Dr. Luque del CMF, conforme al cual no puede afirmarse más que la **«alta probabilidad de especie animal no humana».**

En lo que concierne a este agravio, debe señalarse que tampoco resulta novedoso, pues tal como otros que hemos referido precedentemente, ya fue tratado de forma adecuada por el a quo en los fundamentos bajo análisis.

En ese sentido, comparto lo expresado por el sentenciante en cuanto a que «no sólo **los antropólogos** tuvieron en cuenta esa colección de huesos, sino que además consultaron bibliografía especializada en el tema, lo que sumado a su experiencia profesional en huesos humanos son los que en mejor[es] condiciones técnicas están para determinar si ese resto óseo es o no humano, habiendo concluido dichos profesionales que **sí lo son y que corresponden a un metatarsiano de una persona joven entre 11 y 18 años».**

Asimismo, el tribunal entendió que el «perito de control [ofrecido por esa defensa] afirm[ó] no tener experiencia en huesos humanos y que es veterinario en general [...]. Por lo que sus conclusiones son de poco valor probatorio como para tenerlas en cuenta frente a las claras conclusiones de los peritos antropólogos» (fundamentos, fs. 2726 vta.).

Desde otro aspecto, no puede pasarse por alto que, de forma previa a que se realizara la nueva pericia en la intervinieron los antropólogos forenses y el perito de parte antes aludidos, el Dr. Carlos Luque, médico patólogo del CMF y cuyo dictamen inicial sería el único fiable –en opinión de la recurrente–, fue quien sugirió la realización de una nueva pericia sobre los restos óseos con la tecnología de «barrido», puesto que al momento de ser peritados no se contaba con esa tecnología, lo que derivó en la realización de la medida que aquí se cuestiona (ver acta de debate de fs. 2601 y constancia audiovisual de fecha 18 de octubre de 2018).

De lo expuesto surge que, ante dictámenes disímiles, la recurrente optó por adherir a aquél que resulta más favorable a sus intereses (el primigenio del Dr. Luque), soslayando la entidad y los argumentos con los que el a quo ponderó el que le es adverso, esto es, el efectuado por los antropólogos forenses.

Esta estrategia, si bien resulta lógica de acuerdo al rol asumido por la impugnante, no posee la entidad para descalificar la decisión del tribunal del juicio, en la que no se advierte ninguna arbitrariedad que la invalide.

En definitiva, teniendo en cuenta la prueba legítimamente incorporada a la causa y la adecuada valoración que de ella efectuó el tribunal de juicio, estimo que no se ha podido arribar más que a la decisión que aquí se resiste.

b) Acerca de la determinación de la pena impuesta

De modo subsidiario, la defensa de Mariano Luque solicita se revise el monto de pena impuesta, por considerar que en su individualización se tuvo por acreditado que su defendido abusó de Johana Chacón cuando ello no surge de ninguna prueba incorporada a la causa, y por haberse aplicado casi el máximo de la escala penal prevista para el homicidio simple, a pesar de no verificarse **circunstancias agravantes.**

No obstante, corresponde señalar que ninguna de las falencias denunciadas se advierten en el fallo cuestionado.

Por el contrario, entiendo que la pena impuesta ha sido individualizada por el sentenciante en función de un meticuloso análisis de las circunstancias del caso y de las condiciones del imputado, ajustándose a lo dispuesto por la doctrina emanada por este Tribunal. Así, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, el a quo ponderó como agravantes: la utilización por parte del imputado de una soga para dar muerte a Johana Chacón, lo que aumentó su poder ofensivo frente a una víctima indefensa; que el hecho fue cometido en presencia de la hermana de la víctima, embarazada de mellizos –los que, finalmente, perdió–; que Luque es una persona reiterante, con notorio desprecio por la vida ajena; que el lugar en que se produjo el acontecimiento fatal constituía la morada de la víctima y que, por ello, debió ser su refugio, no el lugar donde «terminara muerta por asfixia por una persona de su entorno»; que Johana Chacón era una persona joven; y que su muerte ha producido un notorio daño psicológico en sus hermanos.

Sin embargo, de ningún modo, tuvo en cuenta para alejarse del mínimo previsto por la escala penal aplicable que la víctima hubiese sido abusada sexualmente por el imputado. En ese orden, cabe referir que el tribunal consideró que, si bien habría indicios de que Johana pudo haber sido abusada por Luque, los abusos no estaban acreditados con certeza (fundamentos, fs. 2727).

Si bien es cierto que la pena impuesta se encuentra próxima al máximo de pena establecido para el homicidio simple por el que Mariano Luque fue condenado, también lo es que el a quo ha dado sobradas razones para justificar su decisión.

En ese aspecto, resulta claro que no le asiste razón a la recurrente, puesto que sí existen agravantes y éstos han sido claramente desarrollados por el sentenciante, como surge de la reseña precedente.

Sentado ello, estimo que las críticas de la recurrente no pasan de ser cuestionamientos dirigidos a procurar la revisión de la determinación de la pena, basado tan sólo en el rol que ejerce, pero sin adecuado sustento en las constancias de la causa.

Estas consideraciones conducen a rechazar también el agravio bajo análisis. En virtud de las consideraciones precedentes y en opinión concordante con el Procurador General, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Isuani. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, la DRA. MARINA ISUANI adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. ALEJANDRA ORBELLI, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, la DRA. MARINA ISUANI adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión la DRA. MARINA ISUANI adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 2739/2749 vta. de estos obrados por la defensa de Adrián Mariano Luque Ruarte y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 376, dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.

3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI Juez de Cámara DRA. MARINA ISUANI Juez de Cámara Se deja constancia de que el Dr. Pedro J. Llorente no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 7 de noviembre de 2019.-

40- ORTEGA MOLINA. 20-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FyQcOMC.pdf

Lex: Art. 79 y 41 bis del CP. Art. 475, 477 en función del art. 476 inc. 2° y 478 inc. 1° del CPP. Art. 8.2 CADH.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Valoración de la prueba. Sana crítica racional. Fundamentación.

Summa:

El TPC condenó a los señalados a la pena de **diez años y seis meses de prisión** como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 345, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

α-CSJN

- "Casal". 20-09-05 (Fallos: 328:3399)

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5921391&cache=1683468797138>

Párrafos destacados:

“Conviene recordar aquí que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovir los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, tratado de manera concatenada, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia. Porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante. “

*“En este sentido debo aclarar que un mecanismo de valoración que aprecie únicamente la persona del declarante, y no su declaración, resulta enteramente apartado de los postulados que conforman el sistema de valoración probatoria que impone la sana crítica racional. Es real que la existencia de algún vínculo personal entre el declarante y alguno de las partes del proceso representa una variable que debe ser advertida y considerada al tiempo de la ponderación de su testimonio. Mas ello no habilita a reducir su análisis valorativo a ese único aspecto, pues considero que lo primordial debe estar dado por examinar objetivamente su declaración, utilizando para ello ciertos parámetros que resulta útiles para apreciar la **credibilidad de la declaración de un testigo**, tales como: coherencia, consistencia, contextualización y corroboración con otras fuentes de información.”*

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.

(A.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04785907-1/1((018602-27116)) F. Y QUERELLANTE PARTICULAR C/ O. M. C., B. B. R. P/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (27116) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104864972*

En Mendoza, a los veinte días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04785907-1/1, caratulada "FC/ O. M., C. Y B. B., R. P/HOMICIDIO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de R.E.B.B. interpone recurso extraordinario de casación (fs. 1137/1140 vta.) contra la Sentencia N° 345 de fecha 12 de diciembre de 2018 (fs. 1126 y vta.) y sus fundamentos (fs. 1127/1135), mediante la cual condenó al nombrado, junto con el coimputado C.A.O.M., a la pena de diez años y seis meses de prisión como coautores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del Código Penal) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-27.116/15; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal sentenciante, actuando en forma colegiada, condenó a los imputados con los alcances antes expresados, por considerar acreditados los hechos que oportunamente les fueran endilgados. En ese orden y conforme requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 888/895, se les atribuyó a los encausados que «para fecha 21 de febrero de 2015, siendo aproximadamente las 06:30 horas quienes luego fueron identificados como C.A.O.M, R.E.B.B (alias el Hippie) y dos sujetos no habidos, se encontraban en la calle Principal del Barrio ... cuando pasaron en un automóvil marca ..., quienes luego fueron identificados como J. B. L., G. A. M.C. (alias el Mecha), N.E.G.A. (alias La Flaca) y J.A.G.. En ese momento se produjo un intercambio de disparos entre ambos grupos, resultando fallecido J. B. L. producto de un disparo de arma de fuego que ingresó por el costado izquierdo de la parte superior de la espalda» (ver fundamentos, fs. 1127 vta.).

Esta plataforma fáctica fue rectificadas durante el debate oral y público, en virtud de que el Ministerio Público planteó la existencia de un hecho diverso (art. 392 del C.P.P.). En función de ello, aquélla quedó determinada de la siguiente manera «que en fecha 21 de febrero de 2015, siendo las 06:30 hs. aproximadamente, J. B. L (alias Pelado), G.M.(alias Mecha), J.A.G y E. G. se dirigieron en el auto ..., siendo conducido por J. L. hacia la calle principal del Barrio ..., Mendoza, ello a fin de buscar a J. G. y agredirlo en razón de problemas anteriores de éste con G. M., llevando este último un arma de fuego calibre 9 mm. y J. G. un arma calibre 380, ocasión en la que al entrar por la referida calle e ir circulando despacio, al ir por la mitad de la cuadra a la altura de la casa ..., y pasar por al lado de un sujeto luego identificado como

C.O.M, quien se encontraba parado en la vereda y de un sujeto luego identificado como R.B.B (alias hippie), quien se encontraba sentado en el cordón de las viviendas referidas, éstos se acercaron por el lado izquierdo del auto de mención y a una distancia aproximada de dos metros y medio, comenzaron a disparar con sendas armas de fuego, entre ellas una calibre 9 mm., hacia el vehículo, ante lo cual G. M., quien iba sentado en el asiento del acompañante y J. G., quien iba sentado atrás del conductor, comenzaron a dispararles a los sujetos produciéndose un intercambio de disparos, impactando uno de los disparos proferidos por B. y O. en la zona dorsal izquierda del conductor del auto, J. L (alias Pelado), lo que provocó la muerte del mismo, quedando incrustado el automóvil que manejaba L. a unos 100 metros en la pared de la casa... de la referida calle» (ver fundamentos, fs. 1127 vta./1128). Los acontecimientos reseñados fueron tenidos como acreditados por el sentenciante y calificados, en definitiva, bajo la figura de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 89 y 41 bis del Código Penal) (fundamentos, fs. 1134).

Para arribar a esa conclusión condenatoria que aquí se cuestiona, el tribunal de mérito valoró, entre otros elementos, las declaraciones testimoniales de E.G., de G.M., de R.E.R., y de J.O.L., y demás prueba instrumental y pericial que acompaña la causa, entre las que se destaca: el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 272, la necropsia de fs. 299/300, el informe técnico de fs. 331/339, el informe de balística de fs. 474/475; el informe de Policía Científica de fs. 527/552. Asimismo, en orden a comprobar la existencia de problemas previos, ponderó aquellos expedientes judiciales N° P39.443/14, P-129.434/14 y P-130.434/14, traídos ad effectum videndi.

2.- Recurso de casación

La defensa del enjuiciado R.B.B promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474 inc. 2 del CPP, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. En ese orden, expresa que la sentencia en crisis carece de motivación suficiente conforme lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del rito penal, por lo que luce arbitraria, por falta de valoración en su justa medida y dimensión de pruebas consideradas determinantes, las que no han sido ponderadas conforme las reglas de la sana crítica racional. En particular, expresa los siguientes puntos de agravio

1.- Arbitraria valoración de los testimonios vertidos en la audiencia de debate

Sostiene el recurrente que las declaraciones testimoniales de E. N. A., J.O.L.A., P.E.C., F.L., I.E., N.C.A., G.M. y J.A.C., en orden a la determinación de los hechos y la participación de los enjuiciados, han sido parcial y arbitrariamente valorados, tanto en sí mismas como en contraste con el resto de la prueba incorporada.

2.- Arbitraria valoración de la prueba documental agregada en autos

Expresa el impugnante que no se ajusta a las reglas de la sana crítica racional la valoración de las pruebas documentales que fueron agregadas a la causa, particularmente los informes policiales que dan cuenta acerca de la existencia de tres armas intervinientes en el lugar del hecho, vainas y cartuchos secuestrados, como así también sobre la trayectoria del proyectil que diera muerte a la víctima.

Finalmente, por entender comprometidas las garantías de defensa en juicio, debido proceso legal y principio de inocencia, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El representante del Ministerio Público Fiscal, al evaluar la procedencia formal del recurso de casación incoado por la defensa técnica del acusado, entiende que el mismo debe ser **formalmente rechazado**.

Para dictaminar en ese sentido, advierte que de la lectura de la queja intentada no se puede extraer en concreto ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia.

Menciona que el recurrente se limita a señalar escuetamente arbitrariedad en la valoración de los testimonios vertidos en audiencia y arbitraria valoración de la prueba documental, sin desarrollar en dónde radica la alegada arbitrariedad o el error en la valoración del a quo que permita inferir el vicio alegado.

De este modo, tras referir que si bien la **admisión formal ha sido ampliada** a partir de la jurisprudencia reiterada de la Corte Federal a partir del **leading case «Casal»**, la queja intentada debe explicitar los motivos que permitan al Tribunal de revisión expedirse sobre los mismos, situación que no advierte en el presente recurso.

Por lo tanto, concluye que los argumentos defensivos no alcanzan a autoabastecerse como para abrir formalmente la vía casatoria en análisis (art. 480 CPP.), y así lo aconseja.

4.- Audiencia de informe oral

En la sala de Audiencias del Tribunal se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancias del recurrente. El Dr. Francisco Machuca, representante del imputado R.E.B.B, expuso sus respectivos argumentos. A su turno, el Fiscal Adjunto en lo Penal, Dr. Gonzalo Nazar, fundamentó los motivos por los cuales solicitó el rechazo del recurso de casación formulado.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizado el recurso casatorio promovido por el defensor del coimputado B.B y el acto sentencial impugnado, adelanto mi opinión en el sentido de que aquel no puede ser acogido favorablemente por cuanto no se verifican los vicios denunciados por el recurrente. Por el contrario, comparto las conclusiones a las que llega el tribunal a quo en los fundamentos de la sentencia en pugna.

5.1. De forma preliminar he de señalar que, en contra de lo aconsejado por el señor Procurador General, la impugnación extraordinaria intentada resulta **formalmente admisible**.

Ello por cuanto, a tenor de lo establecido por los arts. 475, 477 en función del art. 476 inc. 2 y 478 inc. 1 del CPP., la misma ha sido promovida por quien presenta legitimación para hacerlo y, además, en contra de una resolución –sentencia– expresamente declarada impugnabile.

Pero además, conviene aclarar que si bien comparto que el libelo casatorio presentado por escrito por el letrado defensor adolece de una motivación que luce deficiente, considero que esa carencia –en este caso en particular– no impide a este Cuerpo revisar el pronunciamiento cuestionado.

Advierto que la queja intentada por el recurrente explica, aún somera y limitadamente, aquellos motivos en los que sustenta su crítica contra la resolución atacada, quedando este Tribunal expedirse sobre los mismos. En efecto, no puede perderse de vista que más allá de la técnica argumentativa – deficiente– utilizada por el recurrente al momento de la interposición por escrito del recurso, esa deficitaria fundamentación escrita resultó subsanado al momento de llevarse a cabo la audiencia de informe oral oportunamente solicitada por esa parte.

Es que si bien acierta el señor Procurador General cuando destaca que en el escrito casatorio el abogado defensor se limitó a quejarse de la arbitraria valoración de la prueba testimonial y documental, haciéndolo sin concreta y razonada a través de la que brinde una explicación que permita identificar en qué consistió el error judicial señalado, y cuál es la incidencia del mismo en la decisión que se recurre, el complemento oral permite excepcionalmente tener por cumplidas las exigencias legales previstas (art. 480 del CPP.).

Vale aclarar que dos cuestiones: por un lado, se advierte que durante la sustanciación de la referida audiencia, el recurrente no adujo ningún motivo de agravio distinto a los planteados por escrito, sino que esta oportunidad sólo se limitó informarlos oralmente.

Por otro lado, lo aquí planteado no supone que éste Cuerpo revisor supla errores u omisiones del defensor, ni tampoco que se esté mejorando el recurso presentado en forma deficiente.

Sino que, sin perder de vista la naturaleza excepcional y restrictiva de esta instancia de revisión extraordinaria, se logra comprobar ese complemento entre la presentación escrita y oral, habilitada incluso por la ley (art. 480 in fine del CPP).

De este modo, entiendo que resultan conjugados satisfactoriamente tanto el derecho a recurrir el fallo condenatorio ante juez o tribunal superior con el deber de revisión integral del fallo establecido convencional (art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos), y jurisprudencialmente por nuestro Cívero Tribunal, que consagró el deber de agotar el esfuerzo por revisar todo lo que se pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable (CSJN “Casal”, Fallo: 328:3399, considerando N° 23)

En definitiva, aún con las carencias apuntadas, estimo que el recurrente ha cumplido con el deber de fundamentación exigido, por lo que corresponde admitir formalmente el recurso promovido.

5.2. Ahora bien, ingresando al **análisis sustancial de los motivos de agravios** expuestos por el recurrente, considero que la pretensión casatoria no puede prosperar. Ello en tanto, como lo adelantara, no se advierte en el pronunciamiento en crisis los vicios denunciados.

Según entiendo, la sentencia pronunciada, en cuanto resolvió la condena de C.A.O.M y de R.E.B.B en orden al hecho imputado como homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de co-autores, ha derivado de una valoración integral de los elementos de juicio arrimados al debate, con adecuado respeto de las reglas de la lógica y de la sana crítica racional.

Sobre la base de los motivos casatorios alegados por la parte recurrente, y de acuerdo a los argumentos que serán desarrollados a continuación, advierto que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que **equivalga a la ausencia de fundamentos** (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, estimo que los juzgadores han efectuado un examen global y abarcativo de los distintos elementos probatorios disponibles, evitando fragmentarlos, de modo de conservar la visión de conjunto y la correlación que, sin espacio para la duda, han arrojado certeramente dichos elementos de cargo. Contrariamente a lo sostenido por el impugnante, considero que la ponderación de los medios de prueba contenida en la sentencia se ha llevado a cabo adecuadamente por el tribunal de mérito, quien no sólo respetó los principios de la lógica, la psicología y la experiencia sino que, además, detalló los elementos de convicción, el valor otorgado a ellos y los cotejó unos con otros de manera de tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

Conviene recordar aquí que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovir los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, tratado de manera concatenada, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con reproches aislados o que tome las pruebas de manera desconectadas o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica del recurso no alcanza para enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante.

Y este es el defecto que, precisamente, advierto en la presentación de la defensas en cuanto tacha de arbitraria la fundamentación de la sentencia. Doy razones.

5.3. Cuestiona el recurrente el mérito asignado por el tribunal de sentencia a las declaraciones **testimoniales de sentido cargoso** recogidas durante el debate.

A su criterio, esa valoración resultó arbitraria y parcial al haberse omitido considerar ciertas inconsistencias en sus relatos las que, en su conjunto, impiden arribar al grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria en relación al hecho investigado y la autoría que se le atribuye a su asistido. Entre las declaraciones cuya ponderación se objeta, la defensa pone el eje de su crítica en los testimonios de J. O.L –padre de la víctima– y, también, de los testigos directos y presenciales del hecho, esto es, de N.E.G.A. y de G. M..

Ahora bien, puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por el recurrente para sustentar su impugnación del acto sentencial, no comparto los argumentos en los que funda su crítica.

Es que si bien asegura que aquellos testimonios han sido erróneamente valorados, lo cierto es que considero que esas pruebas fueron correctamente abarcadas por los razonamientos expresados en la decisión atacada, lo que reduce la queja a un mero desacuerdo de la parte defensiva con la solución a la que arriba el tribunal, que no puede ser convalidado en esta instancia.

En esa línea, advierto esas declaraciones cuya ponderación se encuentra en tela de juicio, han sido adecuadamente valoradas por el órgano juzgador, quien valoró –acertadamente– la credibilidad de todos los testimonios luego de controlar no sólo su contenido sino, en especial, confrontar el relato de los declarantes entre sí y con datos provenientes de otras fuentes de información que componen el plexo probatorio incorporado. Veamos.

5.3.1. En primer lugar, se queja el recurrente que el progenitor de la víctima –J.O.L.– no explicó satisfactoriamente el motivo por el cual modificó durante la audiencia de debate su declaración anterior. En ese sentido, puntualiza que mientras en la etapa de investigación penal preparatoria (fs. 68/69), el deponente no incluyó a B.B en la nómina de presuntos autores del homicidio de su hijo, esa información fue alterada en debate cuando introdujo expresamente lo señaló como co-responsable de los hechos aquí investigados. No puedo compartir en esta instancia un planteo semejante.

En efecto, observo que el cuestionamiento configura sólo la reedición de argumentos que ya fueron vertidos en la instancia de debate y que, conforme se desprende de los fundamentos del tribunal cuestionados, no logran controvertir la hipótesis de la acusación.

En efecto, basta aquí con mencionar que de la compulsas de las constancias del juicio oral se desprende con claridad que esa misma fue la estrategia con la cual la defensa pretendió restar mérito a los dichos del testigo mencionado, valiéndose de los argumentos aquí desarrollados como motivos casatorios para motivar incluso un pedido al tribunal de juicio para la extracción de compulsas por falso testimonio, el que resultó adecuadamente rechazado por el a quo en base a argumentos que lucen en los fundamentos del fallo, y que comparto en esta instancia (fs. 1133 y vta.).

Pero a más de lo allí consignado por los sentenciantes, agrego aquí que tampoco puede atribuírsele a esta cuestión la trascendencia que pretende asignarle el letrado defensor. Descartado el origen ilegal de la información en cuestión, debo decir que si bien es cierto que el padre del occiso no incluyó a B.B dentro del grupo de individuos a los que originariamente sindicó como los responsables del homicidio, no es menos cierto que este aspecto es irrelevante en orden a la acreditación de la responsabilidad penal del acusado en orden a los hechos aquí ventilados. Así, estimo que la co-autoría del imputado referido resultó suficientemente acreditada conforme a otros elementos de prueba independientes a la declaración del padre de la víctima.

5.3.2. En segundo lugar, controvierte el abogado defensor la credibilidad que la sentencia le reconoce al testimonio de N.E.G.A.. En esa línea, sostiene que la ponderación que hizo el tribunal de sentencia fue arbitraria y parcial, porque el relato de la deponente no sólo no fue creíble sino que, a su criterio, fue «mendaz».

Agrega que esa cualidad no fue apreciada por el a quo en tanto éste omitió considerar la relación de amistad que la declarante mantenía con la víctima y, además, que la mecánica de los hechos que describió en su declaración quedó desmentida con el resto de la prueba arrojada al proceso.

Contrariamente a lo sostenido por el recurrente, entiendo que la ponderación que realiza la sentencia sobre esta declaración testimonial luce adecuada, sin que sean observables en esta instancia de revisión extraordinaria la existencia de aquellas circunstancias que alega la defensa para sustentar el demérito pretendido, ni mucho menos que su interpretación haya sido arbitraria y parcial.

Es cierto que, como lo sostiene la defensa, uno de los principales elementos de prueba de tinte cargoso que tuvo en consideración el tribunal de juicio para tener por cierta la versión de la acusación, fue precisamente el testimonio de G.A., al resultar fuera de toda controversia su percepción de los hechos como testigo directo y presencial de los mismos.

Sin embargo, más allá de que en el recurso se considere que esta declaración es mendaz y contradictoria, no es menos real que las intervenciones de la testigo de mención en el proceso fueron ampliamente analizadas por el tribunal y confrontadas con los demás elementos de prueba rendidos. Esta razón, sumado a los argumentos en que sustentan su decisión, me convencen suficientemente en que acierta el tribunal cuando explica los motivos por los que califican aquella declaración de «veraz y objetiva», además de apreciar que presentaba ciertas cualidades tales como «precisión, espontaneidad, coherencia y seguridad» (ver fundamentos, fs. 1333 vta./1134). Precisamente, en diversos pasajes de los fundamentos de la condena, el tribunal sentenciante describe los motivos que lo condujo –acertadamente a mi juicio– a reconocerle credibilidad a su relato.

Basta aquí con mencionar que, para el tribunal, a pesar de que se comprobó que la testigo «conocía con anterioridad al hecho, no sólo a la víctima, sino también a los imputados», no pudo identificar la existencia de indicios que revelaran «animosidad hacia los imputados para agravarle la situación».

De este modo, el argumento casatorio por el que se cuestiona que el tribunal de juicio no tuvo en cuenta la amistad entre declarante y víctima, debe ser rechazado por dos motivos: primero, porque inversamente a lo planteado, ese vínculo sí fue considerado en la sentencia por el tribunal al evaluar la credibilidad del relato; segundo, porque considero que resulta inadecuado tachar de mendaz la declaración de un testigo con sólo alegar –sin más argumento–, la existencia de una relación –en este caso de amistad– con la víctima, como si ello permitiera concluir que por ese simple motivo quien declara lo va a hacer falsamente, por su interés en el proceso.

En este sentido debo aclarar que un mecanismo de valoración que aprecie únicamente la persona del declarante, y no su declaración, resulta enteramente apartado de los postulados que conforman el sistema de valoración probatoria que impone la sana crítica racional.

Es real que la existencia de algún vínculo personal entre el declarante y alguno de las partes del proceso representa una variable que debe ser advertida y considerada al tiempo de la ponderación de su testimonio.

Mas ello no habilita a reducir su análisis valorativo a ese único aspecto, pues considero que lo primordial debe estar dado por examinar objetivamente su declaración, utilizando para ello ciertos parámetros que resulta útiles para apreciar la credibilidad de la declaración de un testigo, tales como: coherencia, consistencia, contextualización y corroboración con otras fuentes de información.

Siguiendo con la valoración de credibilidad del testimonio de la declarante en cuestión, además de descartar la presencia de indicios de ganancialidad, la sentencia destaca que N.E.G.A. respondió con «solidéz las preguntas que se le formularon durante su declaración», que aportó datos relevantes para la solución del caso que fueron «corroborados con otras pruebas, tanto testimoniales como instrumentales, documentales y periciales» y, además, que sus dichos durante la audiencia de debate coincidirían en lo nuclear con aquello que formó parte de su declaración anterior (fs. 433/434).

Así, no encuentro razones de peso que me conmuevan a apartarme del análisis axiológico efectuado por el tribunal de juicio. En este punto, la defensa tampoco otorga precisiones capaces de hacer variar el peso convictivo que la sentencia le reconoce a ese testimonio, ni ofrece razones para sospechar que los sentenciantes hubieran valorado la declaración en pugna de un modo arbitrario o fragmentado.

Mucho menos se observan en esta instancia elementos que permitan suponer que la declarante haya desfigurado u ocultado la verdad.

Mediante la reproducción del soporte audiovisual de la audiencia oral en la que prestó declaración testimonial, se comprueban las cualidades del relato apuntadas en la pieza cuestionada.

Allí se constata un relato coherente, ahondando en detalles precisos acerca de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ocurrieron los hechos, compatibles sustancialmente con la hipótesis acusatoria. Por otra parte, como bien lo repasa la sentencia, sus manifestaciones en debate se corresponden con aquellas expresiones vertidas durante su declaración anterior, en la investigación penal preparatoria.

En esa línea pude destacarse que la testigo declaró que el día de los hechos se trasladaba junto a J.B.L., G.M. y J.G.a bordo del vehículo –...–, el que era conducido por el primero de los nombrados. Que luego de recorrer distintos barrios, se dirigieron al Barrio ... al que ingresaron por la arteria principal. Una vez allí, cuando transitaban frente al lugar donde se encontraban los coimputados B. –alias “el Hippie”– y O., a quienes conocía del barrio, éstos comenzaron a disparar contra el vehículo. Ésta acción fue repelida por uno de sus ocupantes –G.M.– el que también comenzó a disparar con un arma de fuego calibre 9 mm. Agregó que L.no llevaba armas. En otros pasajes de su relato se refirió con precisión a la posición desde la cual los atacantes materializaron la agresión con armas de fuego.

Allí señaló que B. y O. dispararon hacia el vehículo desde el costado izquierdo, esto es, desde la posición del conductor, que justamente ocupaba la víctima –J. L.–, logrando impactar con una de esas detonaciones a la víctima. Por último, conviene también destacar que la testigo sostuvo que tras finalizar el ataque armado, el automóvil en el que se conducían continuó su marcha hasta impactar contra una pared, momento en el que sin poder bajar a la víctima del mismo, y tras abandonar el rodado, pudo observar que un grupo de personas le arrojaron a la víctima un fragmento de escombros (ver fs. 433/434 vta.).

Toda esta información fue reafirmada a través de su exposición durante el debate oral, oportunidad señaló, en lo nuclear, las mismas circunstancias de tiempo, lugar y modo en que sucedió el acontecimiento criminoso, y precisó que el ataque de parte de los imputados se inició justo cuando ellos pasaban por la casa de un sujeto a quien se refiere como «el Guata». También agregó que ella observó que en la vereda de esa propiedad se encontraban los acusados, y precisó con certeza que « C.O. estaba parado drogándose y el Hippie estaba sentado en la puerta de la casa del Guata» (ver registros audiovisuales, audiencia 09/10/18, a partir de 01:08:14). Reiteró que la agresión la comenzaron los imputados al decir enfáticamente que «ellos – por B. y O.– empezaron a tirar los tiros, que “el Mecha” le respondió» (01:12:17). Remarcó también que los primeros disparos fueron hacia la parte del costado delantera del vehículo, lugar ocupado por la víctima de autos –alias “el Pelado”–, quien era el conductor, y que luego los disparos fueron sobre la parte trasera, logrando romper el vidrio de la ventanilla del asiento que ella ocupaba –trasero derecho–.

Agregó que tras el ataque, el automóvil aceleró, que si bien interpretó ese incremento de velocidad como una maniobra de escape efectuada por la víctima, vió que éste ya se encontraba herido. Dijo que el vehículo impactó contra una pared, momento en el que inicialmente tanto M. como G. descendieron del vehículo sin asistir a L., permaneciendo ella en el interior del rodado, pero que luego de trascurrir un lapso aproximado de cinco minutos, los nombrados retornaron al lugar y retiraron a la declarante del lugar (a partir de 01:09:10). Aquí conviene destacar que la nombrada afirmó que, en un primer momento, ella quiso bajar a L. del vehículo, pero que no pudo porque la puerta del lado del conductor había quedado contra la pared del impacto (01:16:00). También agregó que su tía –V. G.–, quien reside enfrente de la casa donde impactó el vehículo, le contó que otros sujetos le arrojaron un fragmento de escombros sobre la cabeza de la víctima (01:20:20).

A todo ello conviene asimismo destacar que, ante preguntas formuladas, la testigo aclaró que desde el interior del vehículo sólo había disparado G.M. –alias “el Mecha”–; mientras que J.G., si bien portaba un arma de fuego calibre .380, no había disparado. Y precisó que M. disparaba hacia atrás, es decir, «entre el asiento del pelado y del J.» (01:46:00), por lo que los proyectiles salían a través de la ventana del asiento que ocupaba J. –que recordemos iba sentado detrás del L.–.

Por otra parte, sus manifestaciones se compadecen con el resto de los elementos de prueba con los cuales se la puede confrontar.

En esa línea, aprecio el acierto del tribunal de juicio cuando –también– justifica la credibilidad cuestionada en base a la correspondencia del testimonio de G.A con la prueba objetiva incorporada, entre ella: (a) el informe técnico realizado por personal de la División de Investigaciones Complejas en el Escenario del Crimen de fs. 527/552; (b) la necropsia practicada al cuerpo del occiso de fs. 299/300; y, (c) los demás informes técnicos agregados, particularmente los de fs. 196/199, 331/339 y de fs. 474/475. De todo cual se valió el sentenciante para tener por cierto que la dinámica que asumieron los hechos, objetivamente comprobada, es conteste y coincidente con la descripción realizada por la deponente (ver fundamentos, fs. 1132/1133).

Así, no puede soslayarse que resultó objetivamente demostrado que: (a) existieron múltiples disparos con armas de fuego que fueron ejecutados desde y hacia el interior del vehículo que era conducido por L.; (b) que las detonaciones desde el exterior del rodado se ejecutaron del lado izquierdo del mismo, posición en que la testigo afirmó que se encontraban los imputados; (c) que se comprobó la existencia de un orificio en el burlete de la puerta del conductor del vehículo, el que resulta coincidente con el sector desde donde le dispararon a la víctima.

De significativa importancia resulta el informe de la necropsia practicada (fs. 299/300 vta.), puesto que no sólo describe científica y objetivamente la apariencia externa del cadáver sino que, además, aporta datos objetivos acerca de la mecánica del suceso mortal que permiten ratificar la descripción que, de ese aspecto, efectuó la E.G.. De ese informe conviene aquí destacar, como también lo hace el tribunal de juicio, que se determinó que el cadáver de L. presentó «orificio de entrada por arma de fuego redondeado en región dorsal izquierda, 5° espacio intercostal izquierdo, de 1,5 cm de diámetro, a 10 cm por adentro de la línea axilar posterior y a 5 cm por abajo del hueco axilar con halo de contusión, sin tatuaje ni ahumamiento. Sin orificio de salida. Proyectoil se aloja en base derecha del cuello».

Que la trayectoria del proyectil mortal fue de atrás hacia adelante, de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba, y que, en su trayectoria, perforó el pulmón izquierdo, la aorta descendente y se alojó en el cuello, agregándose –ya en las conclusiones– que «el disparo fue realizado a más de 70 cm o hubo elemento interpuesto». También se determinó que el cadáver presentaba «múltiples escoriaciones en rostro, en región frontal y nariz. Herida contuso desgarrada de 1,5 cm de longitud en arco superciliar derecho», y que las pruebas de dermatostest en ambas manos dieron resultados negativos. A su vez, la credibilidad de sus dichos se refuerza con el resto de las declaraciones testimoniales recogidas durante el juicio oral, entre las que acertadamente el a quo destaca la expuesta por G.M., quien también aparece como testigo directo y presencial de los hechos investigados.

En cuanto al valor de su declaración, no comparto la crítica que formula el recurrente. Más allá de su intención de procurar demostrar que la descripción de los hechos que efectúa este testigo desacredita la versión de Gil, lo cierto es que existen razones para compartir lo afirmado por el a quo cuando subraya que «con algunas diferencias la declaración de G. M. resulta coincidente con la de E.G. ...» (ver fundamentos, fs. 1129 vta.). No puede desconocerse que la misma intención tuvo el letrado defensor cuando durante el debate, y ya como parte de un planteo subsidiario, intentó hacer valer la existencia de una versión alternativa de los hechos.

En este sentido, procuró justificar el comportamiento de su asistido alegando que éste se defendió legítimamente de un ataque que fue iniciado con disparos ejecutados desde interior del vehículo en el que se trasladaba la víctima junto con el resto de sus ocupantes.

Este planteo fue debidamente atendido por el tribunal de juicio, descartando la aplicación de la causa de justificación pretendida, sobre la base de la inexistencia de elementos probatorios que permitieran acreditar aquella conducta defensiva. A lo que incluso agregó que ni siquiera los propios acusados se pronunciaron sobre este aspecto (ver fundamentos, fs. 1133). De tal manera es que encuentro que las manifestaciones de N.E.G.A resultan consistentes y el valor probatorio positivo asignado es correcto.

5.3.3. Por lo demás, la crítica referente al análisis valorativo desarrollado en la sentencia de las demás declaraciones testimoniales producidas durante el debate tampoco pueden ser recibidas. Ello toda vez que ninguna de los aspectos por esa parte señalados en apoyo de su pretensión logran controvertir la certeza alcanzada por el tribunal acerca de los extremos que hacen a la imputación delictiva respecto de la conducta del coimputado B.B. A esa conclusión se arriba luego de comprobar, en el mismo sentido que el expresado en la sentencia, que se trata de testigos que no aportaron ninguna información relevante sobre el hecho.

Al respecto, si bien la defensa puntualiza en los testimonios de P.E.C. y de J.C., ello lo hace sin desarrollar cuál sería los segmentos de sus declaraciones que no fueron valorados por el tribunal de juicio, ni mucho menos indica de que manera a través de sus dichos es posible poner en duda la certeza alcanzada sobre la plataforma fáctica tenida por acreditada en la resolución impugnada.

5.4. De este modo considero que la concatenación de los principales medios de prueba colectados conduce inequívocamente a abonar de modo asertivo la hipótesis incriminante que pesa sobre los acusados, en sus extremos objetivos y subjetivos que exige la figura delictiva enrostrada en cuanto al hecho endilgado y su encuadre legal.

En definitiva, el recurso planteado por la defensa resulta ineficaz para privar de validez al fundado acto sentencial, toda vez que la prueba que asegura ha sido indebidamente valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución.

De tal manera la crítica recursiva se reduce a un mero desacuerdo de la parte defensiva con la solución a la que arribara el tribunal de instancia anterior y, por ello, la pretensión casatoria no puede prosperar. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado R.E.B.B.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

41- ARAYA y ot. 02-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PPP	-	-	-	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191202_FcAraya.pdf

Lex: Art. 55, 56 y 58 del CP. Arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza. Art. 511 del CPP.

Vox: Homicidio. Unificación de pena. Prisión perpetua. Fundamentación.

Summa:

La **Sexta Cámara del Crimen** en autos P-3.916/10 mediante Sentencia N° 4.725 unificó las penas impuestas mediante sentencias N° 3967 y N° 3578, emitidas por la Sexta y Quinta Cámaras del Crimen respectivamente, en la pena única de **prisión perpetua**.

La **defensa técnica** interpuso recurso de casación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución.

El **Procurador General** considera que el recurso debe ser rechazado.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4.725, pronunciada por la Sexta Cámara del Crimen-1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

- “Diaz Davalos”. 25-10-2018 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Precedentes relacionados

Unificación de pena.

Fuente: Compendio 2022. Recopilación de Fallos y Precedentes. SCJM: <https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>)

- Distefano: 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Sebastianelli: 17-08-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180817_FcSEA.pdf
- Vega Ríos. 27-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Frias Robledo: 08-06-20 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200608_FcFrias.pdf
- Curia Bruera. 01-07-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210701_FcCuria.pdf
- Giménez. 23-06-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=606>
- Oros Macedo. 23-06-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210623_FcOroz.pdf
- Olguin Herrera. 25-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=767>
- Domínguez. 17-05.22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=827>

- Ríos Fernández. 27-05-22: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=830>
- Godoy Echenique. 14-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=853>
- Montero Arancibia. 27-07-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=874>
- Mercado Tapia. 28-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=890>

Parágrafos destacados

Del voto preopinante: “En ese orden, se establece que concurriendo penas perpetuas y penas temporales se aplicará siempre la perpetua. Si bien la norma nada dice de aquellos casos en que concurren dos penas perpetuas, resulta obvio que la única solución posible es la aplicación de la prisión perpetua como pena única, en tanto eso es lo que se establece ante la concurrencia de ésta con una de menor gravedad –la pena divisible– y en razón de que nada puede acumularse a lo perpetuo en materia de tiempo.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Garay. Miquel.

(A.Y.)

Fallo.

CUIJ: 13-02848522-5((012174-11277501)) FC/ARAYA RIVAS MARCELO J, MORALES HECTOR, FERREYRA ERVIDIA, RICARDO Y SOLAR JUAN C P/HOMICIDIOS CALIFICADOS (3916) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102871297*

En Mendoza, a los dos días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02848522-5/1 caratulada “F. C/ ARAYA RIVAS, MARCELO J. Y OTS.” P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. DALMIRO GARAY CUELI y tercero DRA. SILVINA MIQUEL.

La defensa de Marcelo Javier Araya Rivas interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4.725, en tanto unificó las penas impuestas mediante sentencias N° 3967 y N° 3578, emitidas por la Sexta y Quinta Cámaras del Crimen respectivamente, en la pena única de prisión perpetua; pronunciamiento dictado por la Sexta Cámara del Crimen en autos N° P-3.916/10. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, expresando que «[...] de conformidad a lo establecido en el art. 58 del Código Penal, corresponde efectuar la unificación de las condenas dictadas contra MARCELO JAVIER ARAYA RIVAS en los presentes autos a fs. 2807/2808 –Sentencia nro. 3.967 y la emanada por la Excma. Quinta Cámara del Crimen– Sentencia 3.578 de fecha 26 de Diciembre de 2.012 (fs. 1646/1.647) de autos Nro. P-83.2/10. Que en fecha 26 de Diciembre de 2012, MARCELO JAVIER ARAYA RIVAS, fue condenado por Sentencia nro. 3.578, dictada por la Excma. Quinta Cámara del Crimen, a la pena de PRISIÓN PERPETUA, [...] como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO AGRAVADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS y AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO [...], UNIFICANDO dicha sentencia con la de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN dictada en los autos N° 3.785 y sus acumuladas mediante Sentencia N° 1.053 de fecha 22 de noviembre de 2002, en LA PENA ÚNICA DE PRISIÓN PERPETUA (art. 58 del Código Penal). Que en fecha 28 de febrero de 2.014, fue condenado por Sentencia nro. 3.967 de [esa] Excma. Sexta Cámara del Crimen (v.fs. 2.807/08), a la pena de PRISIÓN PERPETUA, accesorias legales y costas, como INSTIGADOR DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO AGRAVADO POR EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS, REITERADO (DOS HECHOS), EN CONCURSO REAL, que se le atribuye en la presente causa [...]» (resolución, fs. 3313).

2.- El recurso de casación de la defensa de Marcelo Araya

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. Expresa que la decisión no tiene ningún fundamento que explique las unificaciones de las distintas sentencias que dice conjugar, ni cómo lo hace, ni por qué lo ha realizado de ese modo. Señala que la sentencia atacada introduce constancias inexistentes en la causa y ha desconocido que la Quinta Cámara

del Crimen nunca le hizo conocer a esa defensa la unificación de la prisión perpetua con la pena temporal que se afirma en este fallo, motivo por el que esa parte impugnó aquella resolución, sin que los recursos fueran tratados conforme a la ley. En ese orden, sostiene que en el pronunciamiento cuestionado no se ha tomado en cuenta que se interpusieron recursos de reposición y casación contra los decretos de cómputo de pena emitidos por la Quinta Cámara del Crimen, los que no han sido resueltos, tratados ni dados a conocer. El recurrente realiza una reseña de lo acontecido en dos de los procesos seguidos contra su defendido, concretamente los autos N° 3785 y N° P- 832/10, expresando que la pena temporal a la que fuera condenado en los autos mencionados en primer lugar ha sido considerada cumplida en su totalidad, ordenándose su libertad en esa causa, tal como consta a fs. 1465. En relación a la causa N° P-832/10, considera que, por un lado, el decreto de fs. 2220 es arbitrario por tomar como comienzo de la privación de la libertad el 02/02/2010 si se tienen en cuenta los cómputos anteriores; y que, por otro, ante esa resolución se interpuso recurso de reposición y nulidad, lo que tuvieron un tratamiento irregular en el marco del proceso. Respecto de este último punto, señala que a pesar de haberse ordenado la celebración de una audiencia oral, ésta fue suspendida y se remitieron las actuaciones a la Sexta Cámara del Crimen a los efectos de que se procediera de conformidad al art. 58 del Código Penal, denegándose el recurso de reposición por considerar que la pretensión había devenido en abstracto, conforme surge de las constancias de fs. 2261. Refiere que contra esa última resolución, también se dedujo recurso de casación, el que no ha sido objeto de trámite procesal alguno. En síntesis, expresa que en la pena temporal de la sentencia unificada de los 20 años se admitió un error de cómputo por el que se ordenó la libertad de Araya Rivas, que contra los cómputos realizados por la Quinta Cámara del Crimen se interpusieron recursos que no fueron resueltos, sino que se dispuso la acumulación de los autos N° P-832/10 a la Sexta Cámara del Crimen a los efectos del art. 58 del Código Penal y que, en consecuencia, ese último tribunal dictó la sentencia 4725 que aquí se recurre. En virtud de ello, solicita que se case la sentencia y se resuelva teniendo en cuenta tanto el tiempo real de detención como el hecho de que no han sido resueltos los recursos deducidos ante la Quinta Cámara del Crimen. En subsidio, peticiona se anule la sentencia atacada y se ordene su reenvío.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto por la defensa de Araya Rivas debe ser rechazado, en tanto no existe interés jurídico en la supuesta nulidad de la resolución por falta de fundamentación y tampoco se verifica el gravamen irreparable mencionado por el recurrente, ya que cualquiera de las alternativas invocadas llevaría a la solución establecida en la resolución cuestionada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Marcelo Javier Araya Rivas, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

En forma preliminar y a los fines de ordenar el tratamiento en esta instancia, cabe señalar que los agravios casatorios pueden sintetizarse en cuatro puntos: a) deficiente fundamentación de la sentencia de unificación; b) valoración de constancias inexistentes y desconocidas por la defensa; c) ausencia de resolución de cuestiones previas a la unificación; y d) unificación de una pena temporal que ha sido cumplida en su totalidad (autos N° 3785).

Éste será entonces el orden en que se abordarán los argumentos del recurrente.

a) Acerca de la posible fundamentación deficiente del fallo impugnado

En relación a este punto, cabe tener en cuenta que, si bien es cierto que el tribunal de sentencia no ha efectuado mayores consideraciones en torno a la pena única que impuso, las sanciones individuales a unificar consistían en dos condenas a prisión perpetua. La primera de ellas dictada por la entonces Quinta Cámara del Crimen y la segunda por el tribunal que, en definitiva, las unificó.

En ese orden, entiendo que las exigencias de fundamentación de las sentencias unificatorias que he propiciado y mantenido –en autos “**Díaz Dávalos**”, entre otros– no resulta aplicable a casos como el presente, donde el mérito de las razones que determinan al juez a aplicar determinado monto de pena única no tiene sentido, puesto que el resultado de la operación sólo puede ser la prisión perpetua. Por otro lado, no puede soslayarse que en la resolución impugnada se han aplicado las disposiciones legales que rigen la materia, esto es los arts. 55, 56 y 58 del Código Penal. De esa normativa surge claramente cuál es la solución que debe darse a supuestos como el aquí analizado.

Así, el art. 58 de nuestra ley sustantiva establece que las reglas establecidas en los artículos precedentes de ese Código, referidos a los concursos de delitos, resultan aplicables a aquellos casos en que «[...] se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas». Concretamente, el caso sometido a estudio encuadra en las previsiones del art. 56, segundo párrafo de ese cuerpo legal, en tanto contempla los casos en que concurren realmente uno o más delitos amenazados con pena de prisión o reclusión indivisibles, es decir, perpetuas.

En ese orden, se establece que concurriendo penas perpetuas y penas temporales se aplicará siempre la perpetua. Si bien la norma nada dice de aquellos casos en que concurren dos penas perpetuas, resulta obvio que la única solución posible es la aplicación de la prisión perpetua como pena única, en tanto eso es lo que se establece ante la concurrencia de ésta con una de menor gravedad –la pena divisible– y en razón de que nada puede acumularse a lo perpetuo en materia de tiempo. En virtud de ello, entiendo que no es necesario emitir ninguna fundamentación específica en relación a la operación aludida, puesto que la cuestionada por el recurrente es la única solución plausible y así surge de la ley invocada. Al respecto, deben tenerse en cuenta las disposiciones de nuestra Constitución provincial, en tanto establecen que «[l]os tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura» (art. 148 C.Mza.) y que «[l]as sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (art. 149 C.Mza.).

Aplicando estos principios al caso concreto, considero que en tanto resulte claro el texto expreso de la ley, no es necesario que los jueces realicen valoraciones meramente formales que no influirán en la única solución prevista por la norma aplicable al caso, y cuyos motivos han sido expresados oportunamente por el legislador. En virtud de ello, entiendo que la sentencia impugnada reúne los recaudos necesarios para ser tenida como válida, y el agravio referido a su falta de fundamentación debe ser rechazado.

b) Sobre la supuesta valoración de constancias inexistentes

Corresponde señalar que tampoco puede prosperar en esta instancia el agravio referido a que el tribunal de unificación habría valorado constancias inexistentes en la causa, esto es la unificación de la pena de 20 años –impuesta en autos N° 3785– con la de prisión perpetua –recaída en el expediente N° 832/10–, y que esa circunstancia nunca fue puesta en conocimiento de la defensa. Ello, toda vez que el a quo, al

dictar la resolución que aquí se impugna, se ha apegado estrictamente a las constancias de la causa, sin efectuar consideraciones por fuera de ellas, como sugiere el recurrente. En efecto, en esa oportunidad el sentenciante consideró que correspondía unificar la pena de prisión perpetua impuesta por la ex Quinta Cámara del Crimen mediante Sentencia N° 3.578 con la de prisión perpetua impuesta por esa ex Sexta Cámara del Crimen mediante Sentencia N° 3.967. A su vez, también se consignó que la sanción impuesta por la entonces Quinta Cámara – Sentencia N° 3.578– resultó de la unificación entre la pena de prisión perpetua impuesta por ese mismo tribunal –en ese acto– y la de 20 años de prisión impuesta también por esa Cámara en autos N° 3.785, mediante Sentencia N° 1.053 de fecha 22/11/2002. Las constancias de la unificación mencionada en último lugar se encuentran agregadas a fs. 1696/1697 de autos N° P-832/10, acumulados al presente. Concretamente, se trata de la Sentencia N° 3.578 a través de la cual el tribunal de juicio, luego de llevarse a cabo debate oral y público, condenó a Marcelo Javier Araya Rivas a prisión perpetua como instigador y partícipe necesario del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y agravado por el uso de arma de fuego, que entendió acreditado. En esa oportunidad, la Cámara del Crimen unificó la sanción antes referida con la pena de 20 años de prisión que ese mismo tribunal había impuesto en autos N° 3785 y sus acumuladas, en la pena única de prisión perpetua. La sentencia señalada fue leída como cierre del debate oral y público en el que se encontraba presente el imputado Araya, debidamente asistido por su abogado defensor, Dr. Alejandro Acosta (acta de fs. 1695 y vta. de autos N° P-832/10), quien continuó ejerciendo su defensa técnica, articulando todas las vías impugnativas que consideró pertinentes e, inclusive, deduciendo el recurso de casación que aquí nos ocupa.

Tal como se advierte, la pena de 20 años no sólo fue efectivamente unificada en prisión perpetua por el tribunal de juicio que oportunamente intervino, sino que de ello tomó cabal conocimiento el imputado y su abogado defensor, por lo que mal pueden éstos alegar que esa circunstancia no se verifica en el expediente o que de ella nunca se les dio noticia. En función de ello, considero que el a quo no ha valorado ninguna constancia que no se encuentre incorporada a la causa y que el impugnante desconozca, por lo que presente punto de agravio también debe ser rechazado.

c) Acerca de la supuesta omisión de pronunciamiento sobre cuestiones planteadas con anterioridad

En lo que concierne a este punto de agravio, corresponde señalar que, por un lado, la defensa del imputado dedujo recurso de reposición y nulidad, en subsidio, contra el cómputo de pena practicado a fs. 2220 por la entonces Quinta Cámara del Crimen, conforme al cual Marcelo Javier Araya comenzó a cumplir la pena de prisión perpetua, a la que resultó condenado en autos N° P832/10, el día 02/02/2010 (fs. 2229/2231 de autos N° P-832/10).

Por otro, el asesor letrado aludido solicitó aclaratoria en relación a la resolución de ese tribunal agregada a fs. 2248 y vta., en virtud de la cual se suspendió la audiencia fijada a fin de resolver la observación de cómputo –reposición y nulidad antes señaladas–, en tanto entendió que correspondía a la ex Sexta Cámara del Crimen realizar unificación de las penas impuestas en las presentes actuaciones y en autos N° P-3916/10 de ese último tribunal y, en consecuencia, practicar el cómputo de pena correspondiente (fs. 2254 y vta. de autos N° P-832/10).

Ante las presentaciones aludidas, la entonces Quinta Cámara del Crimen consideró que ambas devenían en abstracto, toda vez que, aún cuando se hiciera lugar a la pretensión defensiva – nulificar el cómputo obrante a fs. 2220–, el acto procesal intentado se presentaba como inútil al proceso, puesto que quedaría sin efecto inmediatamente al momento de unificarse las penas correspondientes (fs. 2261 y vta. de autos N° P-832/10).

Contra esta última resolución, la defensa de Araya interpuso recurso de casación, el que «no fue admitido formalmente» por el tribunal impugnado y se encuentra firme, en tanto no se ha formulado ninguna objeción a su respecto –mediante la interposición, por ejemplo, de queja por recurso mal denegado ante esta Suprema Corte de Justicia–.

En esa oportunidad, se dispuso también la remisión del expediente a la entonces Sexta Cámara del Crimen, a los fines de la unificación de penas (fs. 2266 y vta. de autos N° P-832/10). Como se advierte de la reseña efectuada con anterioridad, en las presentes actuaciones no se verifica ninguna falta de pronunciamiento en relación a las pretensiones defensivas, como argumenta el recurrente, y si bien la solución dada por la ex Quinta Cámara a los planteos deducidos puede no ser compartida por el presentante, en orden a los intereses que representa, lo cierto es que el tribunal sí se pronunció a su respecto, dando razones suficientes de ello.

Cabe destacar que tampoco existe una falta de anoticiamiento de los actos referidos a la defensa de Araya, puesto que en cada oportunidad se le cursó la cédula respectiva –constancias de fs. 2220, 2248 vta. y 2261 vta.–, lo que permitió a esa parte hacer las presentaciones que consideró pertinentes. En virtud de ello, entiendo que los agravios recursivos no se sustentan en las constancias de la causa, por lo que corresponde su rechazo. d) Sobre la posible unificación de una pena cumplida Tampoco le asiste razón al recurrente al sostener que la pena de 20 años, impuesta en autos N° 3785 –acumulados a los presentes–, se encontraba cumplida en su totalidad al momento de ser unificada con la pena de prisión perpetua impuesta por la ex Quinta Cámara del Crimen. Ello, teniendo en cuenta que en oportunidad de efectuarse la mentada unificación – 26/12/2012– la pena de 20 años se encontraba en curso de cumplimiento y formaba parte de una pena única de prisión perpetua, que no se ha agotado y cuya imposición fue confirmada por esta Suprema Corte de Justicia.

Dicho de otro modo, al momento en que se dictó la sentencia de unificación, la pena temporal aún no se encontraba cumplida y, siendo confirmada esa resolución por este Tribunal – obviamente, en fecha posterior–, los efectos de aquella unificación se retrotraen a la época de su dictado, por lo que difícilmente se pueda hablar de unificación de una pena agotada.

Por otro lado, cabe señalar que los cuestionamientos que el recurrente formula en relación al cómputo de pena efectuado por la ex Quinta Cámara del Crimen no pueden ser analizados en esta instancia, puesto que indefectiblemente esa operación deberá ser reformulada por el tribunal que dictó la unificación aquí impugnada, cuando realice el cómputo correspondiente a ella.

Por lo expuesto, considero que este agravio tampoco puede prosperar.

En definitiva y en virtud de las consideraciones precedentes, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMRO GARAY CUELI Y SILVINA MIQUEL adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMRO GARAY CUELI Y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMRO GARAY CUELI Y SILVINA MIQUEL adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 3317/3324 de autos y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 4.725 dictada por la entonces Sexta Cámara del Crimen.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO GARAY CUELI Ministro DRA. SILVINA MIQUEL Camarista

42- GOMEZ. 12-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	-	-	PCE	-	EGT	-	-	-	-	-	-	-	155

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcGAC.pdf

Lex: Art. 80 inc. 1° y 11°, 54 y 42 del CP. Art. 155 del CPP. Ley 26485.

Vox: Homicidio agravado. Tentativa. Relación de pareja. Violencia de género. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Valor de la denuncia.

Summa:

El **TPC N°1** condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión** con más la inhabilitación absoluta por igual término como autor del delito de homicidio doblemente agravado por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en grado de tentativa (arts. 80 inc. 1 y 11, 54 y 42 del CP) La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 617, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ojeda Pérez: 22-08-2019 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Mejía: 10-09-2019 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Di Césare: 08-01-2021 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf

Precedentes relacionados

- Zurita: 11-09-2020 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf
- Tizza: 08-01-2021 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcTizza.pdf
- Reyes Cortelezzi: 08-03-2021 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210308_FcRCM.pdf

Parágrafos destacados

Del voto preopinante “Como referí, no comparto la queja puesto que –a mi criterio– la labor de ponderación de los elementos de prueba se llevó a cabo respetando los principios de la sana crítica racional, la lógica, la experiencia y la psicología. Al efecto el sentenciante detalló los elementos de convicción y brindó fundamentos, satisfactorios, sobre el valor que les asignó de manera tal que fijó los hechos adecuadamente y los calificó de manera correcta.”

Del voto preopinante: “Efectivamente y en consonancia con los criterios y lineamientos de esta sala es que valoró la testimonial prestada en el debate por G.M.P. a la luz de los parámetros establecidos por la ley 26.485. Así fue que al contrastar las dos versiones prestadas por la denunciante sobre el hecho y cotejarlas a la luz de los elementos de prueba objetivos obrantes en autos es que acertadamente le otorgó preponderancia al relato efectuado al formular la denuncia.”

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

(A.Y.)

Fallo.

CUIJ: 13-04817089-1/1((018601-23118)) FC/ G.A.C. A. P/ HOMICIDIO AGRAVADO (23118) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104897679*

En Mendoza, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04817089-1 caratulada "F. C/G.A.C.A. P/HOMICIDIO ... TENTATIVA/CASACIÓN".

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

A fs. 298/315 la defensa técnica de C.A.G.A, promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 617 obrante a fs. 275 y vta., de fecha 29 de abril de 2019 y sus fundamentos de fs. 278/295, en tanto condena al nombrado a la pena de trece años de prisión con más la inhabilitación absoluta por igual término como autor del delito de homicidio doblemente agravado por la relación de pareja preexistente y por mediar violencia de género en grado de tentativa (arts. 80 inc. 1 y 11, 54 y 42 del CP). El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en colegio en autos N° P- 23118/18

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en relación tuvo por acreditado que: «... C.A.G.A. llega a la casa de G.G.M. con quien mantuvo una relación de pareja por espacio de 18 años, tiempo durante el cual producto de su personalidad alcohólica y violenta la había transformado en una víctima de violencia de género, portando entre sus manos un trozo de soga e ingresa al domicilio que antes compartían sin pedir ningún tipo de autorización y cuando la sorprende en el dormitorio acostada boca abajo, se le arroja encima, la inmoviliza y aprovechando ese dominio físico, le envuelve la cuerda que llevaba alrededor del cuello de la misma y comienza a tirar de sus extremos con intenciones de darle muerte por ahorcamiento dado que la mujer se negaba a reanudar la relación que estaba interrumpida desde hacía quince días, propósito que finalmente no consigue consumar producto de la oportuna intervención de un hijo de la pareja, que empujándolo lo hizo rodar por el piso y permitió que la dama se quitara el lazo y recuperara la oxigenación que había comenzado a perder Para así decidir el juez de sentencia valoró las testimoniales del Licenciado Fabricio Lisandrello, la Dra. Andrea Veronica Brahim, de G.G.M.P. y la Lic. Alicia Ivana Pelaia, prestadas en debate como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

II.- El recurso de casación

Formula recurso de casación la defensa de C.A.G.A a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Formula vicios in procedendo y sostiene que la sentencia contiene motivación aparente y contradictoria como también se han inobservado normas procesales establecidas bajo pena de nulidad, inadmisibilidad o caducidad. Asegura que se ha violado el art. 155 del CPP. Asegura que ha errado en relación a la valoración de la testimonial de G.M.. Reclama se valore que la denunciante en el debate dijo que ella instruyó a su hijo J. G. para que declarase en el mismo sentido que ella. Cuestiona la valoración efectuada en relación al

informe de de «valoración de riesgo de violencia física». En este punto refiere el recurrente que no es cierto que haya tratado de restar valor a los aportes profesionales del Lic. Lisandrello y, por otra parte, señala que no fue la defensa quien negó valor a las técnicas usadas sino que las respuestas del profesional obedecieron a preguntas de uno de los miembros del tribunal. Señala el recurrente que con la sola realización de un informe técnico no alcanza para acreditar lo expuesto por la víctima, afirma que debió llevarse a cabo una pericia psiquiátrica e invoca el fallo «Biscontin». Critica que el juez de sentencia diera plena credibilidad a la denuncia y no a la declaración prestada por M. en el debate. Cuestiona que el juez haya afirmado que aquella conocía de la presencia del imputado en la sala de debate. Entiende que el examen físico sólo afirma que existe una excoriación lineal horizontal de aproximadamente 18 cm en región derecha del cuello y que las conclusiones de la profesional que realizó el examen se desprenden de los dichos vertidos por M. en esa ocasión. Así señala que el informe del Epi y el de la Dra. Brahim tienen como base un relato falso. Cuestiona la ponderación efectuada en relación a las manifestaciones de la Lic. Pelaia que realizó la pericia psiquiátrica del imputado y entiende que la afirmación de la testigo no contó con la contundencia que le asigna el a quo. Se queja de que en el curso del debate, cuando la defensa expresó el deseo del imputado de prestar declaración, aunque no en ese momento ya que se encontraba descompuesto, el juez dijo que debía hacerlo ese mismo día y que al declarar no pudo continuar su declaración. De esta forma entiende que se afectó el derecho de defensa de su asistido. Por su parte, promueve vicios in iudicando y afirma que la norma que entiende violada o erróneamente aplicada son los arts. 80 inc. 1 y 11, 54 y 42 del Código Penal. Pretende que la conducta de su defendido se encuadre en el delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y se lo condene a la pena de un año y medio de prisión, con más la declaración de reincidencia. Funda su pedido en el relato de su defendido coincidente con la versión aportada por G.M. en el debate. Señala que no ha existido en su asistido dolo de matar sino más bien dolo de lesionar, tal como sostuvieron el imputado y la denunciante en el debate.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 326/328 se expide el Procurador General. Analiza los agravios formulados por el recurrente y señala que éste basa su reclamo en la retractación de la víctima con el objeto de que se le asigne valor a la declaración prestada en debate en desmedro de la prestada al radicar la denuncia. Considera que la solución adoptada por el juez resulta correcta ya que aquel tuvo en cuenta que la denunciante fue víctima de violencia de género y brindó suficientes razones de ello. Agrega que el sentenciante evaluó las dos versiones proporcionadas por la víctima y otorgó mayor fuerza a la prestada en un primer momento de la investigación. Al hacerlo tomó en consideración que la denunciante era víctima de violencia de género y el ciclo de violencia que se estructura en las situaciones de maltrato. Considera que el contenido de la denuncia surge preciso, detallado y espontáneo, y la retractación como un episodio que tiende a beneficiar al imputado. En relación al informe del EPI, refiere que aún cuando no de cuenta de la veracidad o no de los dichos de la imputada, confirma que el riesgo de violencia era alto en tanto que la lesión se constató a través del examen físico. Entiende que el sentenciante tuvo en cuenta datos objetivos que revelan que los hechos denunciados por M. se encuentran plenamente acreditados. Señala que el cuestionamiento relativo a si la víctima continuaba viviendo con alguno de sus hijos resulta irrelevante y no logra descalificar la sentencia como acto procesal válido. Sostiene que la pretensión de la defensa no puede tener acogida favorable ya que se basa en las contradicciones en que incurrió la víctima y se han fundado los motivos por los cuales el tribunal entendió que los dichos vertidos en el debate fueron un intento de mejorar la situación del imputado. Respecto a los vicios in iudicando refiere que los hechos fueron correctamente calificados por el a quo y se aprecia acertado el razonamiento del juzgador al

explicar el desarrollo de los acontecimientos que se generaron cuando el imputado entró al dormitorio con la soga y aprovechó que la víctima estaba acostada boca abajo, se la arrojó, la inmovilizó; le envolvió la soga en el cuello y tiró de sus extremos anunciando que la mataría; resultado que no se produjo por la oportuna intervención del hijo de la pareja en el lugar. Así, no advierte defecto en la motivación de la sentencia, por lo que los argumentos de la defensa no logran desvirtuar los fundamentos dados por el sentenciante en relación a la calificación legal. Por todo ello es que aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser rechazado en tanto no se verifican los vicios referidos por el recurrente. En este sentido advierto que la crítica defensiva se centra en cuestionar la fundamentación del acto sentencial en base a la crítica que formula respecto de la valoración de los elementos de convicción. Como referí, no comparto la queja puesto que –a mi criterio– la labor de ponderación de los elementos de prueba se llevó a cabo respetando los principios de la sana crítica racional, la lógica, la experiencia y la psicología. Al efecto el sentenciante detalló los elementos de convicción y brindó fundamentos, satisfactorios, sobre el valor que les asignó de manera tal que fijó los hechos adecuadamente y los calificó de manera correcta. Por su parte debe señalarse que la valoración de los elementos de prueba de ha realizado siguiendo los lineamientos que un análisis con perspectiva de género impone («Ojeda Pérez»). Efectivamente y en consonancia con los criterios y lineamientos de esta sala es que valoró la testimonial prestada en el debate por G.M.P. a la luz de los parámetros establecidos por la ley 26.485. Así fue que al contrastar las dos versiones prestadas por la denunciante sobre el hecho y cotejarlas a la luz de los elementos de prueba objetivos obrantes en autos es que acertadamente le otorgó preponderancia al relato efectuado al formular la denuncia. Ahora bien, como señalé, los dichos de G. M. encuentran apoyo en el examen físico que se le practicó, que da cuenta de las lesiones constatadas en el cuello de la nombrada, como también las declaraciones de la profesional que llevó a cabo el examen, Dra. Andrea Verónica Brahim. También el informe del EPI y las declaraciones del Lic. Fabricio Salvador Lissandrello brindan apoyo al relato efectuado primigeniamente por G. M.. Asimismo, en el referido informe se da cuenta de la violencia sufrida por la denunciante que da marco al encuadre de la situación al amparo de la normativa dispuesta en ley 26.485 que justifica la preponderancia asignada por el juzgador a los declaraciones prestada en ocasión de formular denuncia. Por otra parte, concuerdo con el Procurador General en que las críticas efectuadas por el recurrente en relación a las técnicas utilizadas al momento de llevar a cabo el informe técnico no logran desmerecer el mérito convictivo que el juez asigna a las conclusiones del informe técnico del EPI y los dichos del Lic. Lisandrello. En el mismo orden comparto también que la referencia a la relación que G.M. tiene con sus hijos no resulta relevante, ni logra menoscabar los fundamentos vertidos por el a quo al momento de establecer los hechos y asignar calificación jurídica. De tal manera es que, como anticipé, no es posible afirmar que el acto sentencial puesto en crisis padezca de motivación contradictoria ni que ésta sea aparente o se aparte de la sana crítica racional, motivo por el cual los vicios de procedimiento formulados no pueden tener acogida favorable. En relación al vicio sustantivo corresponde señalar que entiendo que el recurrente pretende asignar al hecho una diversa calificación partiendo de fijar aquél conforme a la versión defensiva esgrimida por el imputado. En efecto el tribunal de instancia anterior acertadamente fijó los hechos investigados y estableció que C.A.G.A ingresó a la habitación donde se encontraba G. M. recostada boca abajo en la

cama, se arrojó sobre aquella inmovilizándola y con una soga rodeó su cuello a manera de lazo para luego tirar de los extremos de la soga mientras le decía que la mataría, lo que provocó que G.M. comenzara a asfixiarse, hecho que no llegó a concretarse por la aparición de uno de los hijos de M. que evitó que la conducta de Gómez. continuase. En función de ello, considero que el hecho así descripto y la conducta asumida por el imputado resulta apta para producir el deceso de una persona, de manera tal que la calificación jurídica atribuida resulta la adecuada y el vicio sustantivo promovido debe ser rechazado. Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General corresponde rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO

Voto ampliatorio: Dr. Palermo

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Puesto a resolver la primera cuestión propuesta al acuerdo en la presente causa, debo referir que comparto la solución que propicia mi colega preopinante. En lo referente a las consideraciones sobre valoración probatoria con perspectiva de género, me remito -en lo pertinente- a lo oportunamente señalado en los precedentes «Mejía, Salvador» y «»Di Césare.

Voto preopinante: Dr. Valerio

ASÍ VOTO SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta. SENTENCIA Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE: 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 298/315 por la defensa del imputado C.A.G.A. 2.-Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. 3.- Tener presente la reserva federal formulada. 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus afectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de diciembre de 2019.-

43- ENCINA. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	-	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcEncina.pdf

Lex: Art. 79, 41 bis, 149 ter. inc. 1°, 1° supuesto y 54 del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Concurso ideal. Coacciones agravadas. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **trece años de prisión**, como autor de los delitos de homicidio simple calificado por el uso de arma de fuego y coacciones agravadas por el uso de arma en concurso ideal (art. 79, 41 bis, 149 ter inc.1, primer supuesto y 54 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La defensa cuestiona la valoración de los testimonios de cargo.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 395, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

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

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-04760876-1/1((018602-15540)) FC/ ENCINA GUZMAN P/ HOMICIDIO SIMPLE CALIFICADO (15540) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104838750*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04760876-1/1, caratulada "FC/ENCINA GUZMAN, WALTER ALFREDO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de Walter Alfredo Encina Guzmán interpone recurso de casación (fs. 559/561 vta.), contra la Sentencia N° 395 (fs. 555 y vta.) y sus fundamentos (fs. 556/557 vta.), mediante la cual se lo condenó a la pena de trece años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple calificado por el uso de arma de fuego y coacciones agravadas por el uso de arma en concurso ideal (arts. 79, 41 bis., 149 ter. Inc. 1, primer supuesto, y 54 del Código Penal) en la causa N° P-15.540/17.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria, siendo el siguiente: «[...] el 8 de febrero de 2017, siendo aproximadamente las 16:00 horas, Walter Alfredo Encina Guzmán, mientras llevaba un arma de fuego de puño tipo y calibre ignorados en una de sus manos, abordó a Brian Abel Robledo a aproximadamente treinta metros al sur del segundo ingreso del Asentamiento Corvicol o Villa "Todos Unidos" de Las Heras. En dicha oportunidad le manifestó a la víctima "Eh Brian", provocando que éste se diese vuelta para observar a quien le hablaba, siendo el momento en que, sin mediar más palabras, y desde aproximadamente un metro de distancia, le apuntó al pecho con el arma que llevaba y le efectuó un único disparo, el que le ocasionó heridas que determinaron su muerte momentos más tarde. Seguido, el autor continuó caminando con el rumbo que llevaba, introduciéndose el arma en la cintura, espetándole a los distintos vecinos que salieron de sus casas a observar que sucedía y a la madre del occiso, la señora Juana Isabel Robledo: "Alguien dice algo y le pego a los niños"».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes las declaraciones testimoniales de Pamela Fernanda Echegaray, y de Juana Isable Robledo; el acta de procedimiento; el informe de la necropsia; y la medida de reconstrucción del hecho.

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Sostiene que la sentencia condenatoria no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba obrantes en autos, ni de los recibidos en el debate.

Ello, a su entender, implica que el razonamiento efectuado en los fundamentos haya violado la sana crítica racional.

Estima que el tribunal llega a la sentencia condenatoria valorando los testimonios de cargo, los cuales resultan contradictorios, subjetivos e incriminantes.

Aduce que sólo existió un testigo de cargo, Pamela Echegaray, quien de acuerdo a sus manifestaciones era la única persona que se encontraba en el lugar, ya que la madre de la víctima llegó cuando todo había ocurrido. Argumenta que el día de los hechos Echegaray, conforme se desprende del informe de fs. 9, no aportó a la policía ningún dato filiatorio del autor, no dijo haber visto lo que dijo que vio, ya que mencionó transeúntes que no identificó; y luego, tres días después, en sede de oficina fiscal, aportó datos y dio otra versión de la que dio a la policía.

También el recurrente hace referencia que la madre de la víctima, Juana Robledo, en el acta de procedimiento no aportó datos del autor.

Únicamente pudo determinar la presencia de vecinos que hablaban mal de la víctima, que no aportaron datos filiatorios por temor a sus familiares y que nadie hizo mención de haber sido amenazados. Hace expresa reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General

El Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación articulado.

Sostiene que ambos testigos, Echegaray y Robledo, fueron fieles a la materialidad histórica real de los hechos. En este sentido refiere que Echegaray vio a Walter Encina cuando le disparó en el pecho a la víctima y lo escuchó proferir las amenazas contra los niños si alguien decía algo de lo sucedido. A su vez, señala que Robledo inmediatamente después del hecho lo vio con el arma en la mano.

Por ello sostiene que la fundamentación de la sentencia es absolutamente ajustada a la sana crítica racional cuando determina la condena del imputado y cuando analiza contextualmente tanto los testimonios como la prueba objetiva. Considera de este modo que la estrategia defensiva tiende a separar las pruebas e indicios sin llegar a lograrlo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. Así, luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante. Veamos.

Ante todo debe señalarse, que si bien la motivación es escueta resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (LS 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en autos no ocurre.

Asimismo, es de resaltar que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 411 inc. 2 del CPP, en cuanto a que la sentencia debe contener la exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen. En primer lugar, si bien es cierto que los testigos Pamela Echegaray y Juana Robledo, apenas ocurrido el hecho, no aportaron a personal policial los datos filiatorios del autor, considero que esta situación no resulta decisiva para descartar la autoría del imputado en el hecho investigado.

Al respecto, estimo que el recurrente desarrolla los agravios sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. Es sabido que cuando se alega un vicio en la sentencia, no alcanza con su mera mención, sino que es requisito que esté fundado en forma completa.

Sin perjuicio de ello, surge de los fundamentos que el sentenciante argumentó que el relato de la testigo presencial, Pamela Echegaray, fue preciso, minucioso y con todos los detalles del desarrollo de los hechos. Asimismo, afirmó que esa versión fue reproducida textualmente por Echegaray durante la reconstrucción del hecho y, corroborada por los dichos de Juana Robledo -madre de la víctima-, otorgándole plena credibilidad. Estimo que no hay motivos para poner en duda la declaración de Echegaray, atento a que fue categórica al momento de reconocer a Encina como autor del disparo. Conforme a ello, considero que el mencionado agravio resulta una mera conjetura del recurrente con el fin de desacreditar la participación del imputado en el hecho investigado, que no logra rebatir los argumentos de la sentencia que cuestiona.

En efecto, considero que el tribunal de sentencia sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas producidas en el debate, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Por consiguiente, a diferencia de lo sostenido por el recurrente, estimo que la sentencia no presenta ningún déficit de motivación, ni vicio o defecto en el análisis de ese cuadro probatorio que importe una vulneración a las reglas consagradas en los arts. 206 y 409 del CPP. Todo lo cual me conduce al rechazo del agravio.

En síntesis, de la impugnación analizada se advierte, que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurado General, corresponde contestar de manera negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Walter Alfredo Encina Guzmán. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere

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

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

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Walter Alfredo Encina Guzmán.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

44- RAMOS FORNES. 20-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	FS	-	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRamos.pdf

Lex: Art. 79, 89, 92 en función con el art. 80 inc. 8° y 45 del CP

Vox: Homicidio simple agravado. Lesiones leves dolosas agravadas. Calidad del sujeto pasivo.

Summa:

El TPC condenó a:

- a- Ramos Silva Nahuel Alejandro a la pena de **once años de prisión** como coautor del delito de homicidio simple y como coautor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la calidad del sujeto pasivo.
- b- Ramos Fornes Ariel Alejandro a la pena de **diez años de prisión** como coautor del delito de homicidio simple.

La **defensa** de los señalados interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La defensa considera que no se encuentra acreditada la materialidad del hecho y la autoría debido a una valoración arbitraria de las pruebas. Entiende que existió un supuesto de legítima defensa por lo tanto solicita el cambio de calificación.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 491, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Cruz Ureta. 03-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=26>
- Cejas Blassi. 24-05-18
- Ponce Gullo. 15-05-18

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-04798815-7/1((018602-162610)) FC/ RAMOS FORNES ARIEL ALEJANDRO Y RAMOS SILVA NAHUEL ALEJANDRO P/ HOMICIDIO SIMPLE (162610) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104878515*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04798815-7/1 caratulada "FC/ RAMOS FORNES, ARIEL ALEJANDRO Y RAMOS SILVA, NAHUEL ALEJANDRO POR HOMICIDIO SIMPLE S/CASACIÓN"

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

La defensa de Nahuel Alejandro Ramos Silva y de Ariel Alejandro Ramos Fornes interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 491 en tanto condenó al primero de ellos a la pena de once años de prisión como coautor del delito de homicidio simple en la causa N° P- 162.610/17 y como coautor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la calidad del sujeto pasivo en la causa N° P-879/18 (artículos 79, 89, 92 en función con el art. 80 inc. 8 del CP) y al segundo de los nombrados a la pena de diez años de prisión como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 y 45 del CP); fallo pronunciado por el Juez del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

En la causa N° P-162.610/17 y en lo que interesa destacar, el tribunal ha tenido por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal. Esto es que el 9 de diciembre de 2017 aproximadamente a las 04:30 horas, Facundo Nicolás Martínez Videla, caminaba junto a un grupo de amigos por el interior del Barrio 9 de Julio de Guaymallén, Mendoza, cuando al llegar a la altura de la Manzana E, casa 26, Nahuel Ramos descendió del interior de un vehículo Volkswagen Gol de color blanco que se encontraba estacionado en el lugar con un elemento punzo cortante en su mano, comenzando una pelea entre ambos. En esas circunstancias salió del interior del domicilio, Ariel Alejandro Ramos con un hierro en punta en forma de V sumándose a la contienda, arrojándole puntazos a Facundo Nicolás Martínez, ante lo cual la víctima intentó correr, siendo alcanzado a los pocos metros por ambos imputados quienes lo agredieron provocándole una herida punzo cortante que le ocasionó la muerte. Para así decidir el tribunal valoró, entre otros elementos probatorios, las declaraciones testimoniales de Franco Pérez, de Daniel Pérez, de Mariana Ayelen Pérez, de Rodrigo Martínez, de Mercedes Retamales.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal, razones por las que insta la absolución de sus asistidos.

Considera que no se encuentra debidamente acreditada la materialidad del hecho y la autoría endilgada a los imputados, por lo que el juzgador ha incurrido en una valoración arbitraria de las pruebas producidas. Entiende que conforme a la dinámica de los hechos existió un supuesto de legítima defensa por parte de

Nahuel Ramos. Solicita, en subsidio, que Nahuel Ramos sea condenado a la pena de tres años como autor del delito de homicidio en exceso en la legítima defensa. Respecto de Ariel Ramos Fornes solicita la absolución respecto del hecho que se le atribuye. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 782/783 vta. el Procurador contesta la vista de ley conferida y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. En ese sentido considera que el reclamo casatorio constituye una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, insistiendo la defensa en la versión expuesta al momento de los alegatos. Sostiene que el tribunal no hizo diferencias al valorar las pruebas de cargo y de descargo sino que entendió en base a la totalidad de las pruebas e indicios apreciados en su conjunto, que la versión acusatoria resultaba verosímil y que la explicación dada por los imputados no fue confirmada por otros elementos de prueba.

4.- Audiencia oral

Realizada la audiencia para informar oralmente el recurso, a instancia del Dr. Marcelo Canale, y de conformidad al art. 480 del CPP, la defensa reiteró los argumentos oportunamente vertidos, solicitando la absolución de Ariel Ramos Fornes. En relación a Nahuel Ramos Silva petitionó que se apliquen las reglas del exceso en la legítima defensa.

Cuestionó asimismo el monto de la pena impuesta a sus asistidos y refirió que el tribunal de sentencia ha inobservado las reglas de los artículos 40 y 41 del CP. El Fiscal Adjunto informó que la sentencia puesta en crisis no adolece de los vicios que pretende la defensa, por lo que instó el rechazo del remedio incoado.

Asimismo y, en relación a los vicios formales relativos a la motivación de la pena impuesta, expuso que el agravio resulta novedoso toda vez que no fue oportunamente introducido en el recurso de casación interpuesto a fs. 768/771. No obstante la falencia advertida, entiende que el a quo ha motivado debidamente la pena impuesta a Ariel Ramos Fornes y a Nahuel Ramos Silva.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo. De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre. Dicho cuanto precede destaca dos falencias que exhibe el recurso interpuesto, que en definitiva son las razones que me conducen a desestimar el reclamo casatorio formulado.

La primera es que el recurrente no aporta argumentos distintos a los ya expuestos durante la tramitación del proceso y respecto de los cuales el órgano jurisdiccional ha dado acabada respuesta al respecto, constituyendo la impugnación, en definitiva, una reedición de lo ya planteado y decidido por el órgano jurisdiccional.

La segunda falencia que observo es que el recurrente alega de modo genérico la existencia de vicios formales, que no encuentran sustento en las constancias de la causa, ni en los fundamentos atacados por vía recursiva.

Ello conduce al censurante a petitionar un encuadre legal diverso en relación a los hechos juzgados en este proceso y por los que resultaron condenados sus asistidos.

El planteo no puede prosperar pues la defensa no explica ni desarrolla el cambio de calificación que pretende.

Ahora bien, considero que la labor del tribunal en relación a la ponderación de las probanzas se ha llevado a cabo acertadamente y la calificación legal escogida para la plataforma fáctica fijada por el Tribunal a quo es la correcta. En este sentido, el tribunal tuvo por acreditado que el 9 de diciembre de 2017, en el interior del Barrio 9 de Julio de Jesús Nazareno Guaymallén, existió un conflicto en el que estuvieron involucrados la víctima Facundo Nicolás Martínez y Nahuel Alejandro Ramos Silva, junto a un grupo de jóvenes: Franco Pérez, Walter Pedernera, Florencia Pérez, Brunela Pérez, Mariana Pérez y Norma Parragues.

Ese conflicto concluyó con la muerte de Facundo Nicolás Martínez y que ha constituido el objeto procesal de este proceso. En ese contexto de disputa entre los jóvenes, el imputado Ariel Ramos, padre del coimputado Nahuel Ramos, salió de su domicilio con una barreta, circunstancia que provocó que los jóvenes y entre ellos Facundo Nicolás Martínez se dispersaran y salieran corriendo en dirección hacia el norte, siendo perseguidos por Ariel Ramos y Nahuel Ramos.

En esas circunstancias, es decir en el marco de una pelea entre los jóvenes, el juzgador analizó el plexo probatorio reunido en autos en función de la estrategia esgrimida por el defensor de los imputados y la hipótesis acusatoria del titular del Ministerio Público Fiscal, dando preeminencia a esta última y ofreció las razones que a su criterio avalaron la posición del fiscal. Para ello descartó el descargo formulado por Ariel Ramos que negó haber tomado contacto con la víctima al descargar toda la responsabilidad en Franco Pérez. En ese sentido Ariel Ramos sostuvo que se enteró del deceso de la víctima al otro día cuando la policía lo buscó.

Sin embargo, el a quo descartó la versión de Ariel Ramos porque de los testimonios de Ramona Leiva, vecina de la familia Ramos y de Norma Parragues, por entonces pareja de la víctima Facundo Nicolás Martínez, surgió claramente acreditado que la intervención de Ariel Ramos hizo cesar la discusión entre los jóvenes, que se dispersaron. No obstante ello, los imputados persiguieron y dieron alcance a Facundo Nicolás Martínez produciéndose el resultado aquí investigado. Así el tribunal consideró que los testimonios de Franco Pérez, Daniel Pereza, Mariana Ayelen Pérez, Walter Pedernera, Florencia Perez Quiroz y Noelia Liliana Quiroga.

Todos ellos, de modo concordante sostuvieron que entre Nahuel Ramos y su padre Ariel Ramos agredieron a la víctima cuando la alcanzaron en la esquina. Para el a quo, fue Nahuel quién clavó el elemento punzante sobre la humanidad de Facundo Nicolás. El testimonio de Ester Leiva vecina de la familia ilustró con claridad cómo fue la secuencia de los hechos, de manera coincidente con la versión brindada por los imputados: se produjo una primera pelea entre Nahuel y su pareja y el grupo de muchachos que componía Facundo Nicolás Martínez luego de que salió el padre; ese grupo se dispersó, corriendo algunos hacia el norte, oportunidad en que Nahuel y su padre Ariel fueron detrás corriéndolos; luego no vio nada más. En igual sentido, el testimonio de Norma Parragues, pareja de Nahuel Ramos resultó coincidente con lo declarado por Ester Leiva. Es decir, el plexo probatorio da cuenta de una primera pelea entre los jóvenes, esto entre Facundo Nicolás Martínez, Franco Pérez, Walter Pedernera, Florencia Pérez, Brunela Pérez, Mariana Pérez, que concluyó cuando intervino Ariel Ramos. Fue entonces cuando los imputados persiguieron a alguno de ellos en particular a Facundo Nicolás Martínez, hacia la esquina norte del suceso. Todos los testigos de manera coincidente y concordante sostuvieron que luego de la primera pelea en la que intervinieron Facundo Nicolás Martínez y su grupo de amigos contra Nahuel Pérez y su pareja, la aparición de Ariel Ramos a los gritos y con una barreta, interrumpió la pelea e hizo

que los jóvenes se dispersaran, en particular Facundo Nicolás Martínez corrió hacia el norte siendo alcanzado por los imputados.

Es decir, la agresión en ese contexto ya no era actual y, por ello el a quo descartó la pretensión de la defensa vinculada a la aplicación de la legítima defensa, ni el exceso en la misma dado que los presupuestos de esa extraordinaria causal de justificación sólo podría ser rebasada en caso de haber existido una situación de legítima defensa, situación que es excluida por el juzgador, con apreciaciones que comparto.

Este contexto es también reconocido por el propio imputado Nahuel Ramos que aceptó que en la esquina, en lo que el juzgador denomina segundo momento, Ariel Ramos salió con la barreta y se produjo la lesión mortal. A ello agrego que policía científica reforzó esta afirmación en tanto los informes detallaron que en la esquina de la pelea había rastros de tejido hemático. Para el magistrado de anterior instancia, no existen dudas que la víctima fue agredida por los imputados. Así surge claramente de las declaraciones testimoniales de Franco Pérez, Mariana Ayelen Pérez, Walter Pedernera, Florencia Pérez Quiroz y Noelia Liliana Quiroga: de modo coincidente sostuvieron que entre Nahuel y su padre Ariel Ramos agredieron a la víctima cuando la alcanzaron en la esquina.

Es que el juzgador, acertadamente, según lo entiendo, **descartó la legítima defensa** pretendida por el defensor en sus alegatos. Ello en tanto quedó claro, a su criterio, que si bien pudo existir una agresión originaria de parte de Facundo Nicolás y sus amigos en contra de Nahuel Pérez y su pareja cuando estaban el interior del rodado y que esto es lo que provocó la pelea descripta en los hechos como el primer momento, ese ataque cesó en oportunidad de la irrupción de Ariel Ramos.

Esto último provocó que el grupo se dispersara, corriendo Facundo Nicolás Martínez y Franco Pérez hacia el norte. De igual manera el a quo descartó el exceso de la causal de justificación pues tuvo por acreditado que no existió una legítima defensa y por ello no puede sostenerse su extralimitación dado que no sería posible considerarla conceptualmente presente.

En conclusión, el análisis efectuado me permite, como ya lo anticipé, sostener que la queja constituye una **expresión genérica de agravios sin sustento** en las constancias de la causa y que reedita los argumentos expuestos en el debate, y que fueron descartados por el juzgador tal como surge de la sentencia en recurso (ver fs. 758; 759 vta., 760), falencia que conduce a la desestimación de los agravios así expuestos (ver al respecto «**Cruz Ureta**», «**Cejas Blassi**»; «**Ponce Gullo**» entre otros).

Finalmente en orden al cuestionamiento del monto de la pena impuesta a Nahuel Ramos Silva y a Ariel Ramos Fornes, entiendo que tal como fue expresado por el Fiscal Adjunto en la audiencia oral, el agravio resultó novedoso desde que no fue introducido por la defensa en el escrito casatorio que luce agregado a fs. 768/771, con lo cual se habría inobservado el art. 480 del CPP.

Ahora bien, más allá de la cuestión formal señalada, a fin de garantizar el derecho a la revisión amplia de la impugnación y del fallo recurrido, entiendo que el juez de sentencia ofreció las razones por las que estimó justa y equitativa las penas de once y diez años de prisión para Nahuel Alejandro Ramos Silva y Ariel Ramos Fornes respectivamente. Por ello considero que el proceso de individualización de la pena no contiene los vicios que el recurrente señala de manera genérica.

En ese sentido, no puede soslayarse que el recurso no dedica mayores precisiones que demuestren la alegada apariencia argumental del tribunal de sentencia en la fijación del quantum de la pena, ya sea magnificando las circunstancias agravantes, u omitiendo aspectos atenuantes del hecho conocido. Asimismo, cabe resaltar que tampoco se encuentra en la presentación recursiva una explicación

alternativa que, basada en la prueba incorporada, explique porqué los principios de proporcionalidad y pro homine imponen modificar la sanción impuesta.

Más allá de lo señalado debe referirse que el sentenciante aplicó debidamente las pautas de los artículos 40 y 41 del CP para la determinación de la pena que correspondía a los acusados. Así, es importante recordar que las circunstancias atenuantes que el recurrente señala como aspectos justificantes de una pena menor, han sido valoradas por el a quo, lo que demuestra que el interés de la defensa ha sido satisfecho en este aspecto.

En efecto, el juez de sentencia anterior valoró en relación a Nahuel Alejandro Ramos Silva como circunstancias agravantes el mal ocasionado, por la muerte de una persona joven, el medio empleado para lograr el resultado, es decir, la utilización de un elemento con gran poder de agresión, un cuchillo o un destornillador que facilitó la muerte de la víctima y, consideró finalmente la causa acumulada N° P-879/18 en la que se le reprocha el delito de lesiones leves agravadas por la condición de personal policial de la víctima, en calidad de autor.

Las circunstancias relacionadas con el daño causado, el empleo de elementos altamente vulnerantes y la intervención conjunta también fueron valoradas en relación a Ariel Ramos Fornes. Además el a quo ponderó, como circunstancias atenuantes, que su reacción con el hecho tuvo como origen un pelea en la que participaba su hijo, lo que bien pudo haber alterado su ánimo, su reacción, la carencia de antecedentes penales y que es un hombre trabajador y padre de familia.

Por las razones señaladas considero que debe rechazarse, también respecto a este cuestionamiento, el recurso impetrado. Por tales razones, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 768/771, por la defensa de Nahuel Alejandro Ramos Silva y de Ariel Alejandro Ramos Fornes.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

45- ROLDAN. 20-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf

Lex: Art. 79 y 41 bis del CP.

Vox: Homicidio simple agravado. Arma de fuego. Unidad de la prueba. Querellante particular. Nulidad.

Summa:

El TPC dictó la absolución del señalado respecto del delito de homicidio calificado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP).

El **Querellante particular** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe prosperar, porque existen una suma de indicios concordantes y unívocos aptos para arribar a la certeza en cuanto a la autoría del imputado en el homicidio, y también a la presencia de vicios y omisiones en la valoración de la prueba.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante particular C. G., anulando la sentencia, debiéndose remitir los presentes obrados al TPC N° 2, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 465, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ramírez Terán. 30-12-09: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

El querellante particular tiene derecho a que sus pretensiones sean consideradas y resueltas por el tribunal de mérito. Esto es así porque su calidad de sujeto procesal lo impone y no porque tenga poder o facultad de acusación, que es privativo del Ministerio Público Fiscal. Es decir, que está admitido que el sentenciante pueda condenar aunque el fiscal no lo requiera, siempre que el querellante particular lo haga, conforme a la naturaleza y finalidad asignada por el legislador a este sujeto procesal.

Expte.: 97205 - FISCAL C/RAMIREZ TERAN, PEDRO ALEJANDRO CEFERINO P/HOMICIDIO SIMPLE ART. 79 C.P. S/CASACION. Tribunal: SCJM - SALA N° 2. Magistrado/s: SALVINI - BÖHM – LLORENTE. Ubicación: LS409-093

Doctrina citada

Francois Gorphe, «La apreciación judicial de las pruebas», Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967 p. fs. 342

Precedentes relacionados

Principio de la unidad de la prueba.

a-SCJM

- Roldán. 20-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcRCJ.pdf
- Luna Garro. 28-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcLG.pdf

- Cabral. 05-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Amaya. 05-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf
- De Jesús. 07-03-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220307_FcDJJ.pdf
- Giménez Algañaraz. 29-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=891>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Chomiuk Arancibia. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=809>
- Zacca Videla. 18-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=922>
- Maya Martínez. 25-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=951>

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

(M.M)

Fallo.

CUIJ: 13-04783083-9/1((018602-43396)) FC/ R. C. J. A. P/ HOMICIDIO AGRAVADO (43396) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104861990*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04783083-9/1 caratulada "FC/ R. C. J. A P/ HOMICIDIO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

La querellante particular C. G., interpone recurso de casación (fs. 977/998 vta.) contra la Sentencia N° 465 en tanto absuelve al imputado del delito de homicidio calificado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del CP), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en Sala Unipersonal.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia absuelve al encartado del siguiente hecho: el 26 de abril de 2016, aproximadamente a las 03:30 horas, en las inmediaciones de las casas ..., frente a la plaza del mencionado barrio, el imputado le efectuó un disparo a G. G. B. con un arma de fuego de puño calibre . 22 probablemente tipo revólver, desde una distancia menor a dos metros y mayor a 60 centímetros, impactando el proyectil en el costado derecho de la cabeza de la víctima, ocasionándole lesiones que determinaron su muerte inmediata. Funda el a quo la absolución, en que no han sido probados el móvil ni el autor de la agresión, ya que la actividad acusatoria se encaminó a establecer la adicción de la víctima al consumo de estupefacientes, el lugar donde se proveía de droga, el lugar de su muerte y la causa de la misma, datos que considera insuficientes para condenar.

Estima que S. M. y A. C. vieron al imputado después de ocurrido el hecho, cerca del lugar, pero considera que sus dichos «carecen de crédito suficiente», y que los indicios existentes son anfibológicos (fundamentos, fs. 954 y vta).

2.- Recurso de casación

Se queja la querellante porque la sentencia es arbitraria y nula de nulidad absoluta. Señala que el razonamiento no deriva de los elementos incorporados a la causa, basándose en la voluntad del a quo exclusivamente, analizando en forma parcializada el marco probatorio; que no evaluó pruebas incorporadas y vulneró las reglas de la sana crítica racional.

En particular, se agravia porque no se tuvo en cuenta un audio donde los familiares del encartado reconocen su responsabilidad ante un tercero, prueba que fue exhibida a nivel público por el diario El Sol, y que si bien no se realizó el cotejo técnico de voz, de la simple comparación auditiva de la voz de la testigo E. M. en el debate, emerge su identidad.

También, por la valoración de los testimonios, ya que no tiene en cuenta que declaran después de 3 años, en un marco atemorizante por la presión de los familiares del imputado.

Resalta que el inferior desacredita los dichos de A. por ser un testigo «de oídas», y que A. C. dijo que su hermano no quería declarar y que lo instaba a no comparecer al juicio, que es lo que ocurre en ciertos barrios. Aduna que no se tuvo en cuenta el indicio de presencia, que fue confirmado por el imputado a fs. 407, cuando reconoció que fue a cenar a la casa de su padre en el Barrio ..., lo que también afirmó la testigo E. M. y la novia del primero.

Destaca que al relacionar como autor del homicidio a un vendedor de drogas, como A., está dejando de lado que el móvil pudo ser cualquiera y no uno vinculado con ese comercio.

Señala que los testimonios de A.C. y S. M. son cruciales para confirmar la autoría del imputado y el a quo los desecha sin razón, dejando de lado que fueron intimidados, declararon varias veces en 3 años y mantuvieron sus dichos. Incluso el padre de M. ratificó que su hijo le comentó que habían matado a una persona y había visto correr al imputado con una chica que le decía «¿cuál te mandaste?».

Agrega que el a quo no consideró la vulnerabilidad de los testigos, en contra del manual de buenas prácticas para la protección de testigos que elaboró la oficina de Naciones Unidas, entre ellos, el padre de M., que era policía y no obstante declaró, así como tampoco tuvo cuenta el objetivo de las visitas de parte de los hermanos del imputado a los testigos.

Refiere que los testigos fueron víctimas de un asalto a mano armada, a lo que se suma el paso del tiempo, lo que justifica las discordancias que pueden haber entre las declaraciones de C. y M. (recurso, fs. 988 vta.); que las diferencias sobre el tiempo transcurrido entre el impacto o disparo y que vieron correr a «Junior», no son significativas como para desechar sus testimonios y que cuando los testigos son amenazados, es común que declaren contradictoriamente, en las distintas ocasiones.

Pide que se tenga en cuenta la última declaración de M., en el juicio oral, y que se considere que tanto él como su padre carecen de interés en incriminar al imputado, así como tampoco C. tiene interés, y que el Dr. L. que fue a ver a este testigo, no es letrado de la querellante.

Destaca que la condena a seis años por robo agravado por el uso de arma que le impone en el mismo acto al acusado, por otro hecho, constituye un indicio de peligrosidad.

Aduce que a pesar de las amenazas y de que el Fiscal Torres pidió compulsas por falso testimonio, M. declaró en el juicio oral y ésta es la declaración que debe ser analizada, porque fue frente a todas las partes y en forma previa a la sentencia.

Indica que en el expediente acumulado en el que se condenó al imputado, el a quo destacó que se buscó asustar a las víctimas, por lo que no se entiende que no tenga por probado el indicio de peligrosidad delictiva y que la testigo A. M. quiso beneficiar al imputado, pero fue torpe.

Sobre la grabación de E. M. ofrecida por la querella, destaca que en la audiencia preliminar la defensa se opuso a la incorporación de esa prueba y al cotejo de la misma en forma pericial, lo que implica un claro indicio de la veracidad de la grabación y de su carácter incriminante; que el imputado fue lavado con lavandina, según esa grabación.

Refiere que no se tuvo en cuenta que los testigos de la defensa mintieron, por ejemplo, el imputado y su novia sobre su presencia en un asado. Apunta que el a quo se contradijo, porque les creyó a M. y C. que fueron víctimas de un robo, pero no que vieron pasar al encartado seguido por su novia, diciéndole «la que te mandaste».

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso debe prosperar, porque existen una suma de indicios concordantes y unívocos aptos para arribar a la certeza en cuanto a la autoría del imputado en el homicidio, y también a la presencia de vicios y omisiones en la valoración de la prueba.

Considera que los argumentos del a quo no son suficientes para restarle entidad a los testimonios de S. M. y A. C., a los que se agregan los de C. M., R. y R. E..

Señala que las contradicciones toman otro cariz si se las analiza según las reglas de la sana crítica racional y en base a las amenazas por parte de familia del imputado y el transcurso del tiempo; que las declaraciones en lo esencial fueron contestes.

Opina que la falta de ponderación de los testimonios de descargo de E. M., J. M., C. R. y W. R., permite pensar que se puede estar en presencia de un indicio de mala justificación, extremo que fue ignorado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido.

Ello por cuanto en nuestro ordenamiento procesal, la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 CPP).

En efecto, la exigencia de motivar las sentencias tiende a asegurar la recta administración de justicia, según ha dicho este Cuerpo reiteradamente (L.S. 299-104, entre otros), surgiendo este imperativo de la adopción de la forma republicana de gobierno, en tanto exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano.

Ello, por cuanto los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado y, en consecuencia, tienen el deber de rendir cuentas a los ciudadanos mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus resoluciones.

Sólo así, la ciudadanía tiene la posibilidad de conocer el fundamento de ellas. Además, dicho imperativo se desprende de la garantía innominada del art. 33 de la Constitución Nacional, y en forma expresa como derivación lógica de los derechos de defensa y debido proceso consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que el dictum debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión sobre cada una de las cuestiones planteadas, lo que el juzgador no ha hecho.

De tal modo, no ponderó que el imputado admitió que estuvo en el lugar donde fue hallada muerta la víctima, participando en la casa de su padre en el Barrio ..., del festejo del cumpleaños de la novia de aquél, junto a su pareja (acta, fs. 407), lo que constituye un claro **indicio de presencia**, máxime teniendo en cuenta que él no se domiciliaba en ese lugar.

Este dato fue confirmado en el debate por J.M. –su prometida–, y por E. M., madre de la novia del padre del encartado, dejando sin sustento la aseveración del juzgador en el sentido que la presencia de R. en el lugar del hecho, sólo se desprende de los dichos de M. y de A. C., y de los testimonios indirectos del padre del primero y su esposa (fundamentos, fs. 952 vta./953).

Dicho en otras palabras, el inferior omitió considerar que el imputado y su novia, se sitúan allí momentos antes del homicidio, dato que es decisivo para modificar la afirmación precedentemente referida, en función del método de la inclusión mental hipotética utilizado reiteradamente por esta Sala.

Además, no tiene sustento suficiente la aserción vinculada a que la actividad acusatoria se encaminó a establecer la adicción de la víctima al consumo de estupefacientes, el lugar donde se proveía de droga y aquél donde ocurrió su muerte.

Por el contrario, del registro audiovisual emerge que los alegatos del representante del Ministerio Público Fiscal y de la letrada que en esa oportunidad asistió a la querellante particular, abordan ese tema pero no se limitan a él ni le dan la trascendencia que el a quo le quiere asignar.

Cabe acotar en este punto, a raíz de las numerosas menciones que hace el sentenciante a la circunstancia que de las probanzas incorporadas no puede extraer nada útil al esclarecimiento del móvil y de la autoría (fundamentos, fs. 951 vta., 952, 954, 954 vta., 955), que **el móvil es un indicio que puede servir para confirmar o descartar la participación, pero no es en sí mismo una prueba.**

Su falta de esclarecimiento no implica que no exista, adquiriendo fuerza cuando se reconoce que el inculpado no sólo es capaz del hecho, sino que tuvo además una razón particular para cometer el delito, pero se puede dilucidar la autoría mediante otros elementos, no siendo imprescindible para ello, conocer el móvil (Francois Gorphe, «La apreciación judicial de las pruebas», Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967 p. fs. 342).

A esto se suma que los motivos por los que el juzgador priva de credibilidad a los testigos, no son dirimientes, frente al cuadro probatorio reunido.

De esta forma, el hecho que el fiscal de cámara haya pedido compulsas por falso testimonio en contra de M., cuando declaró durante la investigación de la causa, no es decisivo para descreer del mismo, ya que las **contradicciones** en las que incurrió deben ser valoradas en el marco en el que fueron hechas, esto es, a la luz de las amenazas y «visitas» que los familiares del encartado, les hicieron a los testigos M. y C. a lo largo del procedimiento.

Es más, en este punto se contradice el magistrado, ya que en la causa juzgada juntamente con ésta –P-40.032/17 por robo agravado–, da por cierto que uno de los hermanos del acusado fue a buscar a un testigo y lo llevó a un abogado que en ese momento defendía a R., dándole dinero para que retirara la denuncia.

Así, dice en dichos fundamentos: «nótese al respecto que con todo desparpajo C. E. recordó que fue presionado para cambiar su testimonio; que incluso se le dio dinero y mercadería para ello;...», aspecto que no pondera en la investigación del homicidio, no obstante que reconoce que «... es de público y notorio en los barrios marginales como lo es aquél en el que ocurrió el hecho, que sucesos como el que ha motivado este proceso ocurren diariamente ...» (fundamentos, fs. 956 vta).

De lo desarrollado, resulta evidente que la similitud de los episodios relatados, ameritaba utilizar el mismo criterio contextualizado en ambas causas, lo que podría haber derivado en que le confiriera fiabilidad a los testigos que declararon en el homicidio, máxime teniendo en cuenta que el magistrado expresamente admitió que «el lugar en el que ocurrió el hecho es un barrio marginal, en el que la droga es moneda corriente y también los hechos de violencia ...», destacando en el párrafo siguiente que esta «particular característica del barrio y de su vecindario hacen que prácticamente la totalidad de los testigos hayan sido reticentes, contradictorios, influenciados por parte del acusado o por la querrela y su letrado doctor L. y, en definitiva, poco creíbles» (fundamentos, fs. 955 vta.).

Efectivamente, la inclusión mental hipotética de la posibilidad que las contradicciones en que incurrieron M. y C. puedan deberse a las amenazas que sufrieron por parte de la familia del encausado, «... quienes les pidieron que modificara su declaración para favorecer al aquí encausado» (fundamentos, fs. 953 vta.), podría devenir en la veracidad de sus dichos.

Además, la circunstancia que M. y A. C. no concuerden respecto del tiempo que pasó entre que escucharon el disparo y vieron correr al imputado, no es esencial a los fines de restarles crédito, desde que uno de ellos calculó que transcurrieron entre 5 y 7 minutos, mientras que el otro dijo que fue «... momentos después».

Esta diferencia temporal no sólo es mínima, sino que puede deberse al dinamismo propio de lo acontecido y la capacidad de percepción del transcurso del tiempo, por lo que el argumento del a quo respecto de que «...no parece sensato pensar que para trasponer unos pocos metros se demoran cinco o siete minutos», no es razonable (fundamentos, fs. 953 vta).

Otro extremo que no ha sido tenido en cuenta, respecto de la falta de exactitud en los detalles de lo percibido por los testigos, es el asalto del que fueron víctimas, cuya existencia el inferior no pone en duda, sin fundar la razón, a pesar de que no se hizo la denuncia.

Por el contrario, asevera para caracterizar el barrio como violento, que «buena prueba de ello es que a escasos minutos (antes o después) del homicidio de B. y a muy pocos metros se produjo el asalto a S. M., a A. C. y sus hermanos» (fundamentos, fs. 955 vta.)

Tampoco meritó que los dos testigos prementados no tienen interés en incriminar al encartado; que es extraño que dos personas se pongan de acuerdo en acusar a otra, sin motivo alguno y que no obstante las amenazas recibidas, ambos insistieron en presentarse en el debate y delante de todas las partes, declararon y respondieron las preguntas que se les hicieron, tal como destaca certeramente el letrado de la querellante en su recurso.

Este concepto se aplica igualmente al padre de M., de profesión policía, quien se arriesgó doblemente por su condición de tal, cuando sostuvo en la audiencia oral que su hijo S. le contó que vio con su amigo C. un muerto en la plaza, a lo que le respondió que «cerrara la boca» (fundamentos, fs. 952 vta.) y se fuera a dormir.

Corresponde resaltar en este estadio, que no motivó ninguna mención por parte del a quo, el desgrabado de fs. 622, de una conversación en la que dos mujeres hablan sobre el homicidio de B.. En ella, la «mujer 1» dice: «fue el Junior, la cosa es así, fue el Junior, fue el Junior ...», agregando más adelante la «mujer 2» que «la M. agarró, lo desnudó al Junior y lo lavó con lavandina, viste?», siendo ése el sobrenombre con el que se conoce al imputado.

En definitiva, el inferior concluyó en que «nadie puede hasta hoy señalar con un mínimo de precisión a J. R. como el autor del hecho» (fundamentos, fs. 955 vta), prescindiendo de la prueba colectada y de su correcta valoración, según la jurisprudencia constante de este Cuerpo con relación al principio de unidad de la prueba.

En efecto, se ha sostenido que este principio «... se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la **consideración de la prueba en su conjunto**, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, 381-233, entre otros), tal como vengo sosteniendo desde mi desempeño como Juez de la Segunda Cámara del Crimen de esta Primera Circunscripción (expediente “Ramírez Terán”, decisión confirmada por esta Sala).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde anular la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante particular Celina Gallardo a fs. 977/998 vta. y, en consecuencia, anular el debate y la Sentencia N° 465, debiéndose remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado N° 2, correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arribó en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para s u oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante particular C. G..
- 2.- Anular la Sentencia N° 465, debiéndose remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado N° 2, correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

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

46- CHACON MOYANO. 23-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	AF	PPP	-	-	CO	-	-	-	-	-	N	399
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FyQcChacon.pdf

Lex: Art. 80 inc. 6°, 41 bis, 79 del CP. Art. 391, 399, 486 del CPP. Acordada N°29051. Art. 38 de la Ley 9106.

Vox: Homicidio agravado. Concurso premeditado de dos o más personas. Arma de fuego. Coautoría. Garantía de imparcialidad. Abogado de confianza. Normas constitutivas y accesorias-no constitutivas-. Delitos mala quia prohibita. Cambio de calificación. Juicio de Cesura. Nulidad. Nuevo juicio. Objeto de la impugnación como límite de la jurisdicción. Prisión perpetua.

Summa:

El TPC condenó a R. M. Peralta Ávila, L. I. Chacón Moyano, J. A. Parodi Chacón, C. E. Parodi Chacón, S. M. Parodi Chacón y J. A Parodi Chacón, a la **pena de prisión perpetua** como co-autores penalmente responsables del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).

Las **defensas de los sindicados** interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió casar parcialmente la sentencia, y en consecuencia, condenar a Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, Jonathan Alberto Parodi Chacón y Shirley Marlene Parodi Chacón como coautores penalmente responsables del delito de **homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego** (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP), remitiendo las actuaciones al TPC N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley (art. 486 del C.P.P. y art. 38 de la ley N° 9106). Admitió el recurso de casación interpuesto en favor de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón, y, en consecuencia, **anular** conforme a lo dispuesto en la segunda cuestión, sólo en cuanto a la intervención de las nombradas, remitiendo a efectos de que realice un **nuevo juicio**. (art. 486 C.P.P.).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 433 (21-12-18), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- «Mopardo Dupox»
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Gómez, Lucas. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcGomez.pdf
- «Echevarría Maza»

Parágrafos destacados:

“...Pues no basta aquí con la simple intervención de varias personas en la muerte de la víctima, sino que es necesario que se trate de un concurso premeditado, lo cual importa que los agentes se hayan puesto de acuerdo para matar en concurso. Por ello, no es suficiente que se hayan puesto de acuerdo para matar, sino que se deben haber puesto de acuerdo para hacerlo de ese modo. ...”

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

(M.M)

Fallo.

CUIJ: 13-04761150-9/1((018601-7240)) FYQUERELLANTE.PARTIC. C/ CHACON MOYANO LAURA, PARODI CHACON JONATHAN, PARODI CHACON SHIRLEY, PARADI CHACON CARLA, PARODI CHACON JULIETA Y PERALTA R C/ HOMICIDIO SIMPLE (7240) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104839042*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04761150-9/1 caratulada "F. Y Q. C/ CHACON MOYANO, LAURA, PARODI CHACON, JULIETA ANALÍA, PARODI CHACON, CARLA ELIZABETH, PARODI CHACON, SHIRLEY MARLENE, PARODI CHACON, JONATHAN ALBERTO Y PERALTA AVILA, RODOLFO MARCELO P/ HOMICIDIO ... S/ CASACIÓN".

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

Las defensas de Rodolfo Marcelo **Peralta Ávila** (fs. 858/861; 983/986) y de Laura Isabel **Chacón Moyano**, Julieta Analía **Parodi Chacón**, Carla Elizabeth **Parodi Chacón**, Shirley Marlene **Parodi Chacón** y Jonathan Alberto **Parodi Chacón** (fs. 876/890; 1023/1027), interponen recursos extraordinarios de casación contra la Sentencia N° 433 de fecha 21 de diciembre de 2018 (fs. 850/851 vta.) y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual, mediante la cual se condenó a:

- a) Laura Isabel Chacón Moyano, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo como co-autora penalmente responsable de delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).
- b) Julieta Analía Parodi Chacón, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo como co-autora penalmente responsable de delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).
- c) Carla Elizabeth Parodi Chacón, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo como co-autora penalmente responsable de delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).
- d) Shirley Marlene Parodi Chacón, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo como co-autora penalmente responsable de delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).
- e) Jonathan Alberto Parodi Chacón, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo como co-autora penalmente responsable de delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).
- f) Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo como co-autora penalmente responsable de delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego (art. 80 inc. 6° y 41 bis del CP.).

Dicho pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos N° P-7240/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma unipersonal, resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que el día 24 de enero de 2018, siendo aproximadamente las 22:40 horas, la víctima de autos, el señor Alexis Nelson Herrera Eskers, salió del domicilio de su cuñada sito en Barrio Álvarez Condarco Manzana "E" Casa 7 del departamento de Las Heras, Mendoza, junto a su esposa e hijo, siendo acompañado por su cuñada Vanesa Oyola. Caminaron por la vereda hacia la esquina noroeste de la Manzana "E", lugar donde se detuvo junto a su hijo y su cuñada. En ese momento, luego de mirar hacia la casa de esta última, Jonathan Parodi le dijo «que miras para mi casa tonto culiado», se aproximó al lugar en el que aquel se encontraba, extrajo de sus ropas un revólver cromado de 15 cm. y le disparó al cuerpo en dos oportunidades, la primera en el maxilar.

Al tiempo se aproximó el co-imputado Rodolfo Ávila, alias «Brandon» quien le disparó desde una distancia aproximada de un metro. A ellos se le sumaron las co-imputadas Shirley Parodi y Carla Parodi quienes, portando una pistola tipo 9 mm, le dispararon cada una un disparo por la espalda.

Del mismo modo procedió la co-imputada Julieta Parodi, la que portaba un arma más pequeña de color negro –calibre 22 mm–, quien también le efectuó a la víctima otro disparo.

A todo esto, en cuanto tiene que ver con la participación en el suceso criminoso de Laura Chacón, el sentenciante estimó acreditado que fue quien provocó la caída de la víctima a través de una zancadilla y, además –a partir de los dichos vertidos por la testigo Oyola durante la investigación penal preparatoria– que también le efectuó un disparo.

A causa de esos impactos de bala, Nelson Eskers sufrió heridas que provocaron en ese mismo momento su deceso por shock hipovolémico (ver registros audiovisuales, «Audiencia 21/12/18» , a partir de 01:12:04).

Esa plataforma fáctica fue fijada en base a la prueba testimonial e instrumental rendida durante el debate oral.

Entre las primeras, el órgano sentenciante destacó las declaraciones efectuadas por las dos testigos presenciales del hecho –Johana Beatriz Herrera González y Vanesa Nancy Oyola Gallardo–, como así también, las brindadas en audiencia por los profesionales del Cuerpo Médico Forense que estuvieron a cargo de diversas diligencias a lo largo del proceso –Dr. Julio Herrera, Dra. Cecilia Herrera y la Dra. Ana Alicia Interlandi–; a las que agregó aquellas expresiones vertidas en juicio por algunos de los testigos de oídas que prestaron declaración –Gladys Beatriz Benegas Escalante, Jéssica Lourdes Rosales Pereyra, Paola Valeria Guajardo e Irma Graciela Espinoza Mercado–, y del personal policial que realizó operaciones técnicas en el lugar del hecho –Of. Ayte. Vanesa Ceballos–.

Asimismo, ponderó las declaraciones formuladas en ejercicio de su defensa material por todos los imputados, entre las que resaltó el contenido de lo manifestado por el co-imputado Rodolfo Marcelo Peralta Ávila.

Entre la prueba instrumental que acompaña la causa, se destaca el acta de procedimiento de fs. 05 y vta.; el croquis de fs. 06; el informe técnico de la División de Balística Forense de fs. 517/521; el informe técnico de la Jefatura de Policía Científica de fs. 545/562; y la necropsia de fs. 489/491.

2.- Recurso de casación interpuesto por la defensa de Rodolfo Marcelo **Peralta Ávila**

La defensa del acusado interpuso recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello en razón de las causales previstas por el art. 474 inc. 1 del Código Procesal Penal.

En concreto, la defensa se agravia por considerar que su pupilo nunca tuvo **dolo de premeditación**, que en el debate quedó en claro que se trata de una persona de un nivel intelectual paupérrimo, de muy baja cultura, que no tiene propensión a actuar por sí, sino que es influido por los demás.

Explica que los insultos y amenazas emitidas primero por la víctima hacia los encargados, donde no hay motivos certeros del hecho, hacen que se confundan la mera comunidad de hecho y participación intencional con la premeditación, que en autos no hay certeza de premeditación alguna, y se ha errado porque se deja de lado ese requisito del tipo penal, para condenar por la mera concurrencia de tres o más personas.

Sostiene que el representante del Ministerio Público Fiscal nunca sostuvo la agravante hasta que no se abrió el debate oral, lo que le resulta inexplicable dado que el marco fáctico probatorio legal era el mismo y nunca varió.

Para el abogado defensor se trata de un caso de delincuencia común, ya que no hay un aparato organizado de poder de ninguna naturaleza con división funcional del hecho, que permita sostener la condena.

Por último, señala que cuando el Fiscal **amplió la acusación** de tal modo que se estaba en presencia de un crimen que implicaba condena a perpetuidad, **no actuó legal y objetivamente pues debió pedir el juicio por jurados y también el Juez porque perdieron competencia.**

Situación que no ocurrió, por lo que se violó la normativa procesal local y la Constitución Nacional. Formula reserva del caso federal.

3- Recurso de casación interpuesto por la defensa de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Jonathan Alberto Parodi Chacón La defensa de los acusados interpuso recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello en razón de las causales previstas por el art. 474 inc. 1 y 2 del Código Procesal Penal.

En lo que a vicios formales concierne, la recurrente señala que la sentencia es nula por presentar una errónea y contradictoria fundamentación, por violación a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de los elementos de prueba.

Aduce que el tribunal a quo se basó en la declaración inconexa de parte de uno de los co-imputados, quien lo hizo en varias oportunidades con distintas versiones, además de presentarse al debate en un estado de aparente intoxicación, sin considerar el resto de la prueba, especialmente aquellas pruebas evidentemente objetivas tales como barridos electrónicos y permanencia en el lugar de residencia de los acusados hasta el momento de la aprehensión.

Refiere que tanto la condena como la pena impuesta, resultan arbitrarias y contrarias a los principios del debido proceso, carga de la prueba e in dubio pro reo, en tanto no han sido producto de un exhaustivo y pormenorizado razonamiento y vinculación de la conclusión con los hechos realmente probados.

Sostiene que la resolución criticada no constituye una derivación razonada de los elementos probatorios obrantes en autos, sino sólo en una parte de los mismos, omisión de valoración que determinó la errónea afirmación del tribunal acerca de la autoría en el hecho de Laura Chacón, así como de Carla y de Julieta Parodi.

Estima que el fundamento de la queja no resulta de un mero disgusto con el análisis y ponderación de la prueba realizada por el tribunal de juicio, sino en razón de las graves omisiones de valoración de elementos probatorios, que configuran supuestos de arbitrariedad fáctica y jurídica.

Esta situación autoriza a este Cuerpo a examinar ese defecto y, en su caso, a casar la sentencia en crisis y sustituirla por una nueva en sus aspectos jurídicos sustantivos o, en su defecto, anular el juicio y ordenar el reenvío de los presentes para la realización de uno nuevo.

En cuanto a los defectos sustanciales, entiende que la errónea valoración de la prueba determinó en el ánimo del juzgador a considerar que se trataba de un homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, sin que exista prueba sobre la existencia del requisito típico de la **premeditación**. Concretamente aduce que no existió un acuerdo previo entre los imputados para cometer el hecho investigado, por lo que tampoco puede hablarse de co-autoría.

En ese orden, refiere que el tribunal de juicio da por probado ese extremo a partir de considerar que los imputados acordaron conducirse en contra de la víctima para matarlo, sin valorar que todos los acusados se encontraban al momento del hecho en distintos lugares y, además, que fue la propia víctima quien pasó por la puerta del domicilio de aquellos agrediéndolos.

Expresa que la experiencia común indica que, de haber existido esa mentada preordenación a fin de dar con la víctima y ajusticiarlo, éste no se habría dado en las circunstancias de lugar y tiempo en que ocurrieron.

Repara en que no resulta lógico cometer ese delito a la luz de la noche, con la posibilidad de contar con testigos, dado que se trata de un barrio con densa población. Todo lo cual configura la muy probable posibilidad de ser individualizados.

A su entender, el sentenciante no menciona cómo los imputados conocían que la víctima se encontraría en la calle de su barrio, siendo ello suficiente motivo para desacreditar su aseveración.

Se pregunta cómo podrían seis personas coordinar ir en busca de determinado sujeto a fin de ultimarlos, sin que haya nada que indique el previo conocimiento de su ubicación.

Postula la versión brindada por los imputados como explicación adecuada acerca de la génesis de la pelea que culminó en el hecho investigado, en el sentido de que hubo una agresión previa por parte de la víctima, quien inició esa contienda, lo que hizo detonar el enfrentamiento que reconoce la enemistad preexistente entre los involucrados.

Respecto a la **portación de armas**, explica que el juzgador, con la declaración de dos testigos, concluye en que los imputados portaban tres o más armas, cuando aquellos mencionaron en forma confusa la existencia de armas, y que se las pasaban unos a otros.

Frente a ello, repara en que la prueba científica –barrido electrónico– realizada a Laura Chacón, Carla Parodi y a Julieta Parodi, dio resultados negativos.

Agrega que el tribunal tuvo por acreditado que fueron disparadas más de tres armas sin que haya correlato de la existencia de disparos de todas las armas mencionadas.

Señala que también fue dejado de lado el informe de guantelete de parafina que indica que las imputadas no tenían restos de pólvora en sus manos, carencia probatoria que fue suplantada en la sentencia con un argumento que se basa en una suposición de dudoso acaecimiento.

Sostiene que por existir declaraciones contradictorias acerca de la presencia de una o dos armas en poder de los imputados al momento de iniciarse la pelea con Eskers, la certeza acerca de quien efectuó el disparo aparece como colisión plausible.

Manifiesta que está acreditada la existencia de un hecho de homicidio en relación a Eskers, en circunstancias de tiempo, modo y lugar como reseña el Fiscal, pero está en duda la autoría de quien efectuó el disparo que produjo la muerte.

Agrega que ante la inexistencia de **pre-ordenación** comprobada, el dolo sólo podría considerarse presente en los co-imputados Jonathan Parodi y Shirley Parodi, pero no en el resto de sus defendidas.

Afirma que no está demostrado que el proyectil que produjera la muerte proviniera del arma de ninguno de los mencionados.

La pericia balística llevada a cabo a fin de determinar si los proyectiles que fueran extraídos del cuerpo del occiso –fs. 456 y vta.– se corresponde con las armas portadas por los imputados, dio un claro resultado negativo.

Además, sostiene que ninguno de los testigos que estaban en el lugar de los hechos señaló con certeza quién fue el autor del disparo.

Por todo lo expuesto, solicita se case la sentencia en crisis y se ordene el reenvío de la causa a un nuevo tribunal de juicio.

En su defecto, peticona se modifique la calificación legal por el delito de homicidio simple agravado por el uso de arma, y se disminuya la pena de los co-imputados Jonathan Parodi y Shirley Parodi al mínimo legal.

Mientras que respecto a las co-imputadas Laura Chacón, a Carla Parodi y a Julieta Parodi, peticona su absolución.

4.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso de casación se le confiere, el señor Procurador General considera que los recursos resultan formalmente procedentes, aunque deben ser rechazados sustancialmente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En ese orden, expresa que ambas impugnaciones poseen similares argumentos en cuanto a la falta de fundamentación, mediante la que pretenden una revisión ex novo de todo lo que ya fue tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

En relación a ello, indica que las partes recurrentes insisten en la misma versión defensiva efectuada al momento de sus alegatos, sin la adición de argumentos novedosos que permitan romper el cuadro probatorio reunido y evaluado por el juez de sentencia.

Puntualiza en que las críticas casatorias se centran en atacar la sentencia por motivación errónea o arbitraria en relación a la **coautoría** de los acusados en el hecho intimado.

Al respecto, contrariamente a lo expuesto por las recurrentes, afirma que el punto en cuestión –coautoría– fue debidamente abordado por el juzgador, quien se explayó abundantemente luego de destacar que no fue objeto de controversia entre las partes la existencia material del hecho, es decir, la muerte de Nelson Eskers, aunque sí las circunstancias de modo en que ella se produjo y la coautoría de los imputados.

En efecto, expresa que la sentencia se encuentra debidamente fundada ya que el tribunal analizó razonadamente las pruebas colectadas durante la instrucción y las recibidas en debate. Sostiene que el a quo expresó que las testimoniales en debate fueron contestes con los informes técnicos, sobre todo con la necropsia, de la que surgen la existencia de los disparos, los calibres con los que se realizaron y las zonas vitales en las que impactaron.

Asimismo, destaca que el sentenciante valoró las declaraciones de Herrera González y de Oyola Gallardo como espontáneas, concordantes en la esencia con los sucesos del día del hecho, y contestes cuando afirmaron la cantidad de disparos y la actuación conjunta de los imputados, los que obraban en forma grupal, sin advertir fisuras en sus relatos.

Que ambas mencionaron la existencia de tres armas y de que todos se acercaron y dispararon, que estaban esperando a la víctima y estaban preparados para disparar cuando estaba desprevenido.

Refiere que del audio de los fundamentos surge que se analizó acabadamente la confesión del imputado Rodolfo Peralta Ávila, más allá que después de las amenazas que recibió, pretendió cambiar sus dichos, y la misma se corrobora con las manifestaciones de los testigos presenciales y con el resultado de la

necropsia. Que se tuvieron en cuenta los dichos de los coimputados lo cuales, a juicio del a quo, fueron gananciales y contradictorios entre sí al enfrentarlos con el cuerpo probatorio.

Afirma que se pudo establecer, como lo sostuvo el juzgador, que había bronca desde antes, que todos dispararon, que estaba acordado y que actuaron en grupo, que existieron tres armas y se las fueron pasando entre todos los integrantes y que la víctima estaba desarmada.

Asevera que en orden a la **coautoría** resultó fundamental la determinación de todos los autores, la corta distancia de los disparos sobre zonas vitales del cuerpo de la víctima, el dominio funcional del hecho, los aportes esenciales que cada uno realizó, Laura Chacón haciéndole la zancadilla que lo tira al suelo, «Brandon» al disparar en segundo orden y el traspaso de armas que realizan. Todo ello llevó al cumplimiento del objetivo de matar a la víctima, tal como lo tenían organizado.

Descarta que esa conclusión luzca arbitraria, o producto de una valoración parcial de los testimonios, pues resulta del análisis minucioso de cada elemento probatorio incorporado que permite apoyar los dichos de los testigos presenciales y los del confeso autor, que corroboraron la cantidad de disparos, las armas empleadas, que se condicen con las pericias realizadas, coincidiendo en los calibres utilizados.

Señala que se describió también el croquis ilustrativo que indicó el lugar del hecho, que coincide como lo describieron los testigos, el informe de balística, el análisis de la vestimenta y las pericias psicológicas y psiquiátricas de los encartados.

Valora que quedó acreditado que el acuerdo premeditado existió porque todos sabían que lo estaban matando, obrando en común.

Así, refiere que el sentenciante explicó que todos tomaron mano sobre la víctima y que no se requieren grandes planificaciones y todos los intervinientes tuvieron el dominio del hecho, previo acuerdo circunstancial que se dio en el mismo momento, cuando se pasaron las armas y todos dispararon a escasos centímetros de la víctima, resultando indiscutible que no era una mera concurrencia ocasional, habían problemas previos y que hicieron lo que venían hablando que iba a pasar «viste que te ibas a morir», habiendo citado el juez de la causa doctrina al respecto.

Por lo que, en cuanto a este punto de agravio, concluye en la inexistencia de arbitrariedad en la valoración de la prueba, en tanto han sido tratadas todas las cuestiones en los fundamentos del fallo, teniendo especialmente en cuenta que las pruebas apuntan categóricamente a los encartados como autores del hecho.

En lo relativo al agravio propuesto por uno de los letrados defensores respecto a que debió realizarse el juicio oral a través de jurados, considera que ello no es posible ya que se **fijó fecha de debate** el día 18/09/2018 (fs. 782), es decir, con anterioridad a la fecha de aplicación de la **ley 9106** –según art. 49–.

4.- Audiencia de informe oral

Al momento de informar oralmente el recurso interpuesto por la defensa de los imputados Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Jonathan Alberto Parodi Chacón, así como la del acusado Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, expusieron sus respectivos argumentos.

A su turno, el **Fiscal Adjunto en lo Penal**, durante el primer segmento de su alocución, contentó los agravios casatorios expuestos por ambas defensas en sus respectivos escritos y, con remisión al dictamen previamente incorporado –fs. 1033/1035– se pronunció por el rechazo de las impugnaciones presentadas. Sin embargo, en un segundo tramo de su alegación, tras destacar que formaba parte de una **estructura jerárquica** que le impedía apartarse de lo dictaminado por su superior, solicitó a esta Sala verificar si en

la sentencia bajo estudio se vulneraron garantías constitucionales inherentes al debido proceso y a la defensa en juicio.

Ello en tanto, según su opinión, compartía con las defensas que la actuación del magistrado interviniente no fue la correcta (ver registros audiovisuales, audiencia in voce de fecha 11/11/19, a partir de 00:52:40)

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones estimo que, por un lado, corresponde confirmar la sentencia cuestionada en lo que hace a la acreditación de la intervención criminal en los hechos de Jonathan Alberto **Parodi Chacón**, de Shirley Marlene **Parodi Chacón** y de Rodolfo Marcelo **Peralta Ávila**.

Ahora bien, en relación a estos acusados, considero que debe prosperar el recurso en cuanto al agravio sustancial pues estimo que los hechos atribuidos deben ser subsumidos dentro del **delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego** –previsto y penado por el art. 79 en función del art. 41 bis, ambos del CP–.

Por otro, considero que debe anularse la sentencia en cuanto la participación de Laura Isabel **Chacón Moyano**, de Julieta Analía **Parodi Chacón** y de Carla Elizabeth **Parodi Chacón**. Todo ello conforme se explicará a continuación.

En forma preliminar y no obstante los planteos casatorios cuya síntesis fuera reseñada en los antecedentes, evidencio que todos ellos concentran un cuestionamiento de dos aspectos centrales de la sentencia.

En primer lugar, se pone en tela de juicio la **valoración de la prueba** efectuada por el juez a quo para concluir, con el grado de certeza requerido, en la participación de Laura Isabel Chacón Moyano, de Julieta Analía Parodi Chacón y de Carla Elizabeth Parodi Chacón en los hechos objeto del debate –vicios **in procedendo**–.

En segundo lugar, la **calificación legal** escogida por el sentenciante para encuadrar jurídicamente los comportamientos juzgados –vicios **in iudicando**–.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, la individualización precedentemente efectuada precisa dejar sentado que existe un segmento de la sentencia recurrida que debe confirmarse en esta instancia extraordinaria de revisión.

Ello en tanto, por un lado, no ha recibido **cuestionamiento** por parte de los recurrentes, lo que de por sí representa una primera **limitación a la jurisdicción de revisión**, ya que el objeto de la impugnación establece –en principio– sus alcances.

A lo que debe agregarse, por otro lado, que tampoco se observan sobre ese tramo de los fundamentos del fallo vicios de la entidad exigida para determinar su descalificación como razonamiento jurisdiccional válido.

Es por ese motivo que, previo a ingresar al tratamiento de los **agravios** planteados, corresponde escindir con suficiente claridad ambos segmentos del pronunciamiento en crisis, precisando en primer orden, aquellos pasajes que no resultan controvertidos.

5.1. En el sentido indicado precedentemente, advierto que ni la materialidad del hecho ni la responsabilidad penal que les cupo sobre el mismo a Jonathan Parodi Chacón, como Rodolfo Peralta Ávila –alias «Brandon»– y Shirley Marlene Parodi Chacón se encuentra controvertida.

Por el contrario, ni durante la sustanciación del debate oral que concluyó con el pronunciamiento condenatorio en revisión, ni tampoco al momento de la interposición de los recursos extraordinarios de casación por ambos defensores, se puso en duda que el fallecimiento de la víctima tuvo lugar en las

circunstancias de tiempo, lugar y modo expresadas en la acusación, y que ese resultado fue la consecuencia de los comportamientos ejecutados por los tres acusados de mención.

Tal es esto cierto que incluso, como se verá, aquellos imputados confesaron su responsabilidad en el hecho, reconociendo de manera libre y voluntaria ser autores de los comportamientos materiales esenciales que produjeron el resultado mortal que es objeto de la acusación.

A lo que debe agregarse que esas manifestaciones espontáneas efectuadas ante la autoridad judicial interviniente, mediante la que cada uno de ellos reconoció y aceptó su participación en el hecho que se les atribuye contó, además, con suficiente respaldo probatorio de orden objetivo y subjetivo, lo que permite compartir en esta instancia el valor convictivo que le reconoce la sentencia.

5.1.1. En primer lugar, no hay margen para la duda acerca de que Nelson Eskers fue agredido mediante la utilización de armas de fuego el día 24 de enero del año 2.018, pasadas las 22:40 horas, entre las manzanas “D” y “E” del Barrio Álvarez Condarco del departamento de Las Heras, provincia de Mendoza.

En esa oportunidad, el nombrado recibió en total cinco impactos por la ejecución de disparos de armas de fuego, de los cuales uno afectó el maxilar izquierdo, otros tres impactaron en su espalda, mientras que el restante lesionó el muslo izquierdo.

Como consecuencia de las heridas provocadas por esas detonaciones, el mismo día del ataque armado, alrededor de las 23:00 hs. se materializó el resultado mortal aquí investigado.

El acierto del tribunal de juicio sobre este extremo de la imputación delictiva resulta de haber confrontado adecuadamente el material probatorio colectado.

En esa línea, cabe resaltar que las declaraciones testimoniales rendidas durante la audiencia de debate fueron contrastadas con otros elementos objetivos de prueba, entre los cuales el a quo –acertadamente– destacó: el acta de procedimiento y croquis ilustrativo (fs. 05/06); el acta de secuestro de la vestimenta de la víctima (fs. 09); el informe de la necropsia practicada por la Dra. Cecilia Herrera del Cuerpo Médico Forense (fs. 489/491); los informes de la División Balística de Policía Científica (fs. 517/521 vta.) y de la Jefatura de Policía Científica, Delegación Las Heras–Lavalle (fs. 545/562 vta.).

5.1.2. En segundo término, y tal como lo anticipé en los párrafos precedentes, ninguna de las partes impugnantes cuestionó, a través de sus respectivos escritos casatorios, la participación culpable que les ha sido reconocida en la sentencia en los hechos enrostrados.

En este sentido, ni la defensa de Jonathan Parodi Chacón y de Shirley Marlene Parodi Chacón, ni el defensor de Rodolfo Peralta Ávila, cuestionaron los fundamentos dados por el tribunal a quo acerca de la **intervención dolosa** de tales imputados.

Fundamentación que, además, se aprecia como válida –sin vicios lógicos esenciales, ni decisivos– y suficiente para confirmar la atribución de responsabilidad penal que derivó en la condena recurrida.

De tal suerte, estimo que la falta de controversia sobre este aspecto ha derivado de la confluencia de múltiples elementos que apuntan, en su conjunto, a sustentar inequívocamente los argumentos dados en el fallo para justificar la intervención material en el hecho de los tres acusados referidos anteriormente.

Es que, según advierto, no resulta objetable la sentencia cuestionada cuando se atiende al plano de la certeza respecto del tópico en cuestión, luego de apreciar la concurrencia, por un lado, de la confesión de los tres imputados y, por otro lado, de la ratificación de esas expresiones con los restantes elementos de prueba; en particular, de la prueba testimonial recogida, y la prueba objetiva proveniente de los diversos informes técnicos y periciales incorporados a la causa.

En esa línea de observación, prueba ineludible de lo anteriormente destacado resulta el contenido de las declaraciones efectuadas por cada uno de los acusados de referencia en el marco del debate.

Allí es posible observar, a partir de la reproducción del registro audiovisual pertinente, que los nombrados ejercieron su derecho a la defensa material y aceptaron libre, voluntaria, consciente y espontáneamente su participación activa y material en la agresión que culminó con la vida de Nelson Eskers. Veamos.

Jonathan Parodi reconoció expresamente que le efectuó disparos con un arma de fuego a la víctima.

Así, de su escueta declaración, surge inequívocamente que admitió su responsabilidad en el hecho, procurando también desvincular al resto de los integrantes de su familia del delito cometido al manifestar que los demás no habían participado y que todo se originó a través de una discusión que mantuvo con la víctima occiso (ver registros audiovisuales, «audiencia del 07/11/18», a partir de 00:51:00).

Hizo lo propio la coimputada Shirley Marlene Parodi, quien admitió haber efectuado disparos contra Nelson Eskers. Ello lo reiteró en varios tramos de su declaración.

En su descargo adujo, a través de una narrativa que aparece un tanto desordenada, que se comportó de ese modo como consecuencia de una serie de conductas violentas desplegadas primero por la víctima en dos momentos sucesivos.

En esa línea, la declarante dijo que el primer disparo lo efectuó con un arma que se le cayó a Eskers cuando éste la golpeó (01:25:00) y que después de realizar esa primera detonación se dirigió hacia su casa, llamó a la policía para alertar sobre lo ocurrido (01:33:00), y que tras regresar al lugar de los hechos, volvió a dispararle a la víctima con la misma arma (01:29:20). A lo que luego agregó que se le habían caído dos revólveres a Eskers, que uno era más chico y otro más grande (01:39:00).

Del mismo modo en que lo entendió el sentenciante, ninguno de los argumentos utilizados por la declarante para justificar su conducta delictiva pueden recibir acogida favorable, no sólo por lo inverosímil que resulta su versión sino que, además, la prueba recogida y producida durante el debate controvierte, acertadamente, cada una de sus expresiones.

A lo que debe agregarse que no sólo admitió su intervención en los hechos en los términos señalados sino que, también, incriminó a Jonathan Parodi Chacón y a Rodolfo Peralta Ávila como autores del homicidio de Nelson Eskers.

Incluso detalló la secuencia de los disparos, y afirmó que quien primero disparó fue ella, seguida por Peralta Ávila y, por último, Jonathan Parodi Chacón (a partir de 01:42:00). Por último, surge que el coimputado Rodolfo Peralta Ávila –alias «Brandon»– reconoció que efectuó, al menos, dos disparos.

Así, al inicio de su declaración espontánea de los hechos, y antes de ser interrogado al respecto, admitió que el primer disparo lo efectuó contra la víctima cuando ésta se encontraba en movimiento, mientras que luego refirió que la segunda detonación la realizó una vez que Eskers se encontraba en el piso. Dijo también que para la ejecución de los disparos se sirvió de un revólver calibre .22 (ver registros audiovisuales, «audiencia del 06/11/18», a partir de 00:16:00).

Además responsabilizó a Jonathan Parodi y a Shirley Parodi Chacón cuando expresó que ellos también le habían disparado al occiso (ver registros audiovisuales, «audiencia del 06/11/18», a partir de 00:22:15, y luego a partir de 00:44:30).

El valor de esta sumatoria de confesiones de parte de ese grupo de imputados no puede ser apreciado aisladamente.

Por el contrario, de acuerdo a lo que expresé anteriormente, su relevancia jurídica dependerá de que las pruebas incorporadas al proceso penal conduzcan a corroborar que, esencialmente, el hecho ocurrió del modo en que lo manifestaron voluntariamente los confesantes.

Dicho de otro modo, **la información que se deriva de sus declaraciones debe resultar ratificada, de manera externa e independiente**, a través de otros elementos de prueba.

Precisamente este ha sido el camino que ha seguido el sentenciante, quien analizó, interpretó y ponderó sus respectivas admisiones de culpabilidad en el hecho a partir de la contundencia cargosa que emerge del sólido cuadro probatorio producido durante el juicio, y que justifica el grado de eficacia y el poder de convicción asignado por el juzgador.

Sobre este aspecto basta aquí con mencionar que en los fundamentos orales expuesto por el sentenciante (ver registros audiovisuales, «audiencia del 21/12/18», a partir de 00:03:10), éste destacó que las dos testigos presenciales del hecho, es decir, Johana Beatriz Herrera González –pareja de la víctima– y Vanesa Nancy Oyola Gallardo –cuñada de la víctima–, describieron la mecánica de los hechos confirmando coincidentemente que, tras un breve enfrentamiento verbal entre Nelson Eskers y Jonathan Parodi Chacón, fue este último quien, sin mediar palabras, extrajo un arma de fuego y le disparó a la víctima impactando en su pómulo izquierdo.

Tras destacar el a quo que ambas testigos, en el tramos de sus declaraciones espontáneas, relataron coincidentemente cómo fue el inicio de la agresión que determinó finalmente el resultado mortal, también resaltó la correspondencia entre ambas declaraciones en cuanto a la identidad de los atacantes y a cuál fue el rol que asumió cada uno de ellos en los hechos investigados.

A través de esas manifestaciones se observa que las testigos señaladas afirmaron contundentemente que Jonathan Parodi Chacón, Rodolfo Peralta Ávila y Shirley Marlene Parodi Chacón le efectuaron disparos con armas de fuego a la víctima en diversos momentos de los hechos.

Además, expresaron también de modo coincidente cuál fue la dirección de los disparos, al identificar que el primer disparo de Jonathan lo fue sobre el costado izquierdo del rostro, mientras que aquellos efectuados por Rodolfo Peralta Ávila y Shirley Marlene Parodi Chacón lo fueron hacia la pierna y la espada de Nelson Eskers.

A todo esto, no puede soslayarse que las restantes coimputadas fueron contestes y contundentes a la hora de señalar como autores del homicidio investigado a Jonathan Parodi Chacón, Rodolfo Peralta Ávila y a Shirley Marlene Parodi Chacón.

Según se desprende de las constancias audiovisuales reproducidas en esta instancia de revisión, Laura Chacón durante el primer tramo de su declaración, espontáneamente relató que, tras escuchar el sonido de unos disparos, ella salió de su casa y se dirigió a la esquina, lugar en el que se encontraba el cuerpo tendido en el piso de Nelson Eskers.

Allí vio a su hijo –Jonathan Parodi Chacón– a quien insistentemente le preguntó «¿hijo, hijo, porqué?» (ver registro audiovisual, «audiencia del 09/11/18», a partir de 00:24:20).

Asimismo, al ser preguntada al respecto, sostuvo que ella creía que su hijo le había disparado a la víctima, lo que fue afirmado luego cuando describió que «yo le grité, hijo: ¿qué pasó? ¿qué hiciste? ¿qué hiciste?» (00:30:05).

En idéntico sentido se pronunció Shirley Marlene Parodi Chacón. Durante su declaración reconoció que ella, junto con Jonathan Parodi Chacón y Rodolfo Peralta Ávila fueron quienes le dispararon a la víctima. Incluso detalló la secuencia de los disparos, y afirmó que la que primero disparó fue ella, seguida por Peralta Ávila y, por último, Jonathan Parodi Chacón (a partir de 01:42:00).

Del mismo modo declaró Carla Parodi. Al primero de los acusados que involucró directamente como autor del hecho fue a su hermano –Jonathan Parodi Chacón– cuando afirmó que lo vio sacar un revólver y dispararle a la víctima (a partir de 02:16:09).

Incluso afirmó que quedó «shoqueada, porque lo ví que él disparó». Luego describió que al arribar al lugar, «Shirley había llegado y ya había disparado» (02:16:38).

Por último, sostuvo que observó que Nelson Eskers «quiere correr, él estaba vivo, él corre y se cayó al piso. Y ahí viene mi marido –por Rodolfo Peralta Ávila– y le dispara» (02:18:08).

Además de la corroboración periférica resultante de las declaraciones analizadas, el sentenciante avaló las confesiones de los acusados a través de los elementos probatorios de carácter objetivo que rolan incorporados a la causa.

Entre ellos es preciso ubicar, tal como lo hace la sentencia, al informe elaborado por la profesional del Cuerpo Médico Forense que practicó la exploración física externa –necropsia– del cadáver de la víctima. En ese instrumento se describe la existencia de cinco orificios de entrada de proyectiles de armas de fuego en el cuerpo del occiso, los que fueron hallados en los siguientes lugares: «1) Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de 0,8 cm. de diámetro con halo de contusión sin ahumamiento ni tatuaje, ubicado en ala ascendente de maxilar izquierdo [...]; 2) Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de 0,5 cm. de diámetro con halo de contusión sin ahumamiento, ni tatuaje ubicado en cara externa de muslo izquierdo [...]; 3) Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de 0,8 cm. de diámetro con halo de contusión sin ahumamiento ni tatuaje ubicado en región escapular izquierda [...]; 4) Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de 0,8 cm. de diámetro con halo de contusión sin ahumamiento ni tatuaje, ubicado en la región para vertebral dorsal izquierda a nivel 9°, 10° vértebras dorsales [...]; 5) Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego de 0,8 cm. de diámetro con halo de contusión sin ahumamiento, tatuaje de 6 por 6 cm ubicado en región para vertebral con lumbar izquierda [...]» (ver informe, fs. 489 y vta.).

En base a lo allí analizado, la perito interviniente –Dra. Herrera, del CMF–, ratificó durante el curso del debate lo consignado en ese informe previamente citado. Durante su exposición, además de brindar a las partes en litigio los argumentos médico-legales que sustentan las conclusiones allí desarrolladas, afirmó que la causa que provocó la muerte de Nelson Eskers fué las múltiples heridas provocadas por los impactos de proyectiles de arma de fuego que afectaron zonas vitales de su cuerpo y que, en su conjunto, causaron el shock hipovolémico que determinó el resultado mortal (ver registro audiovisual, «audiencia 07/11/18», a partir de 00:12:00).

A ello debe adunarse, por un lado, el informe técnico realizado por personal de la División de Balística de Policía Científica, donde se concluyó que los proyectiles extraídos del cuerpo de la víctima fueron expedidos por dos armas de fuego distintas, de distinto calibre –calibre .22 y calibre .32– (ver fs. 517/521 vta.).

Por otro, debe considerarse el informe elaborado por la Jefatura de Policía Científica, Delegación Las Heras-Lavalle (fs. 545/562 vta.).

Allí se da cuenta, entre otras cuestiones, que de acuerdo a la ubicación y características de las heridas –orificios– que presentaba el cadáver, «al momento de recibir la mayoría de los disparos (tres), el mismo se encontraba con su zona dorsal (espalda) expuesta hacia la boca del tubo cañón del arma que efectuó los disparos.

El sujeto recibió al menos cinco disparo[s] de arma de fuego uno en la región mandibular izquierda, tres en la espalda y uno en la cara externa de pierna izquierda» (ver fs. 544).

El examen anterior me permite tener por correcto que el sentenciante apreciara y destacara la correspondencia de la prueba objetiva con la testimonial, porque a través de la ubicación de los disparos en el cuerpo de la víctima, sumado a los diversos pesos de los proyectiles que fueron extraídos del mismo, se comprueba la secuencia y la mecánica del evento criminoso tenida por acreditada en la sentencia en

cuanto a los comportamientos delictivos ejecutados por cada uno de los tres acusados ut supra referenciados.

En definitiva, forzoso es concluir que este aspecto de los fundamentos del fallo impugnado, comprensivo de los argumentos por los que el tribunal de juicio tuvo por acreditada la responsabilidad penal de los coimputados Jonathan Alberto Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, luce inalterable en esta instancia de revisión.

Ello en tanto, como lo adelanté, ni la autoría de estos en los hechos enrostrados ha sido controvertida, ni tampoco observó vicio o irregularidad que, con la esencialidad y decisividad exigida, permita descalificar el razonamiento utilizado por el a quo para tener por cierto este aspecto que conformó la teoría del caso seguida por los órganos –públicos y privados– encargados de la acusación.

5.2. Ahora bien, sentado cuanto precede, ingresaré a continuación en el tratamiento de los vicios formales denunciados.

5.2.1. De forma preliminar, cabe señalar que la representante de Peralta Ávila adujo como motivo casatorio, durante la realización de la audiencia de informe oral, que en el desarrollo del proceso se habría producido un estado de indefensión entre el acusado y la defensa técnica que lo asistió en el juicio y en la etapa recursiva.

Sostuvo que ese estado de indefensión se produce por la **falta de confianza entre el defensor y el imputado**, lo que determina la nulidad de la sentencia en crisis, además de los actos procesales anteriores, contemporáneos y posteriores por conexión al acto anulado, conforme 474, inc. 1° y art. 203, ambos del CPP (ver soporte audiovisual, «audiencia 11/11/19», a partir de 00:20:25).

Al respecto, estimo que ese planteo **no puede prosperar**.

En efecto, advierto que la recurrente ha introducido **extemporáneamente** el motivo de agravio señalado precedentemente, esto es, por fuera de la oportunidad procesal que resulta expresamente prevista por ley al efecto.

Ello por cuanto la deducción y la motivación de las pretensiones debe realizarse en el mismo momento de la interposición de los recursos, no puede añadirse otro motivo diverso; la dinámica recursiva queda circunscripta al cumplimiento de las formalidades básicas, a los requisitos de oportunidad, modo y tiempo fundamentales en todo proceso (art. 480 y concordantes del CPP), razones que conducen al rechazo del planteo formulado.

A lo que debe también agregarse que, por un lado, no hizo mención alguna a ésta cuestión cuando cumplió con lo exigido por éste Tribunal mediante Acordada N° 29.051, esto es, al tiempo de presentar el formulario escrito exigido para la presentación de los recursos extraordinarios en material penal.

Por otro lado, ya en el marco de la audiencia oral señalada, tampoco logró explicar concretamente en que consistió el estado de indefensión ni la ineficacia en la labor técnica, o bien, si sólo es discrepancia de estrategia defensiva.

5.2.2. Sentado ello, a modo de introducción, es menester señalar que quien primero puso en tela de juicio la valoración probatoria efectuada por el juez de sentencia fue la defensora de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón y Carla Elizabeth Parodi Chacón.

Precisamente la letrada entendió que los fundamentos dados por el a quo para sustentar la participación penal de sus asistidas en los hechos investigados resultan nulos, por la arbitraria y omisiva valoración de la prueba – art. 416 inc. 4° del CPP–.

Ese planteo formal fue posteriormente acompañado por la defensora del coimputado Peralta Ávila.

En efecto, si bien este agravio casatorio no integró los cuestionamientos invocados por el entonces defensor del nombrado en su presentación por escrito –Dr. Figueroa–, en la que se limitó a criticar la **calificación legal** dada a los hechos por el juzgador, este embate recursivo de orden formal se constituyó en el aspecto central de la queja fundada en la audiencia oral por la nueva defensora.

Así, en oportunidad de la audiencia oral, impugnó la validez de la sentencia al considerar que el juez se basó en la declaración brindada por el coimputado Peralta Ávila durante el debate, la que se habría concretado sin contar el acusado con una defensa eficaz por parte del abogado que lo asistía técnicamente en ese momento.

Señaló que fue en esas condiciones que su representado se autoincriminó e incriminó al resto de los acusados, por lo que ese vicio tiñe de nulidad la resolución en crisis, al haberse violado el debido proceso legal y la defensa en juicio.

Sin perjuicio de las conclusiones alcanzadas precedentemente respecto a los tramos del hecho que la sentencia cuestionada encontró acreditados y que, por tanto, deben mantenerse en esta instancia, se comprueba, en algunas cuestiones, un incorrecto desempeño de parte del juzgador en relación a las declaraciones brindadas en diversas audiencias de debate por el coimputado Peralta Ávila en ejercicio a su derecho de defensa material.

Atento a que considero que esta fracción de la impugnación de las defensas debe prosperar, corresponde determinar en qué consiste el vicio verificado y, luego de analizar su esencialidad, cuál es su alcance dentro del marco de la sentencia en revisión.

5.2.3. A esos fines y conforme he sostenido en distintos precedentes, durante el desarrollo del juicio oral el juez debe ocupar un rol pasivo en el marco de la contienda judicial entre las partes, puesto que de ese modo será posible asegurar su imparcialidad, entendida ésta como la ausencia de interés subjetivo en la solución del conflicto, sino, además, su posición de tercero imparcial, esto es, su calidad de no parte.

De este modo, su función aparece limitada a tomar una decisión sobre el caso que las partes presenten y en la medida que resulte acreditado.

Facultad que comprende, asimismo, el deber de garantizar el contradictorio entre las partes procesales. Asimismo, en cuanto a las facultades de los jueces en su rol de directores del debate, particularmente respecto de la posibilidad de formular preguntas, he tenido la oportunidad de señalar que esa posibilidad resulta consagrada y regulada en el **art. 399 del CPP**.

Allí, en cuanto al modo de formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes, la norma no posiciona en igualdad de condiciones a las partes y al juez al momento de ejercer esa facultad.

En efecto, los jueces sólo pueden formular preguntas al único efecto de aclarar el sentido de lo manifestado por el deponente, para una mejor comprensión de lo declarado, mas no podrán hacerlo para indagar sobre puntos no abordados por aquél, ni por las partes del proceso, puesto que, de actuar en este último sentido, rompería con su actuación la igualdad entre las partes y la garantía de imparcialidad e imparcialidad en los términos señalados precedentemente (al respecto ver **fallos «Mopardo Dupox», «Flores González» y «Gómez, Lucas Emmanuel»**).

5.2.4. Sentado ello, corresponde determinar si tales parámetros han sido observados por el magistrado interviniente durante la recepción de la declaración del coimputado Peralta Ávila en ejercicio a su derecho de defensa material.

Luego de admitir espontáneamente el acusado que le disparó a la víctima, y respecto de las preguntas siguientes formuladas por el juez, la respuesta negativa se impone puesto que, tal como sostiene las recurrentes y surge de las constancias de audio y video acompañadas, el magistrado sentenciante ha

excedido, por momentos, el marco de las facultades conferidas por el ordenamiento procesal para recepción de su declaración (art. 399 del CPP).

Lo afirmado precedentemente se justifica en que no puede pasarse por alto que la primera impresión que deja la reproducción del soporte audiovisual de las diversas y sucesivas audiencias de debate en las que prestó declaración el coimputado Peralta Ávila, es la nota sobresaliente acerca de las preguntas que formuló el tribunal.

Al respecto, adelanto que el tenor de las mismas, en términos generales, difícilmente pueda ser identificado dentro del concepto de preguntas de tinte **«aclaratorias»**.

Si bien éste se trata de un adjetivo calificativo, es también un concepto referencial y por tanto la pertenencia de dicha nota dependerá indefectiblemente del contenido de un relato. En otras palabras, una pregunta será o no aclaratoria respecto de una determinada declaración.

A continuación pasaré a transcribir algunos de los tramos de las audiencias del juicio que, a mi criterio, son ejemplificativos del particular sesgo que evidenció la labor del juez del tribunal durante la sustanciación del juicio oral.

Así, en la primera oportunidad en que el acusado Peralta Ávila prestó declaración, luego de admitir espontáneamente que le disparó a la víctima al decir que «cuando tiran todos, yo también tiré, por miedo, a lo lejos tiré, porque era un señor peligroso» (ver registros audiovisuales, «audiencia 06/11/18», 00:16:25), el magistrado le interrumpió su relato y le preguntó: «Si ya estaba en el suelo ¿qué peligro tenía? ¿Miedo a qué? Usted, para que declare bien, el tiro en la cara ¿quién se lo tiró? ¿Entonces cuándo tira el primer tiro?» (a partir de 00:16:47).

En otro pasaje de su declaración, tras referir que vio a Jonathan Parodi Chacón y a Shirley Marlene Chacón disparar, el juez detiene su declaración y le expresa que: «Los testigos han dicho que le pasaban las armas a Carla y a Julieta también, y que ellas también tiraban, usted lo vio a eso?». Ello fue negado por el acusado, quien contestó: «No, no lo ví yo eso». A lo cual, el magistrado le advirtió: «Escúcheme, usted dijo “todos”, y “todos” son “todos los que están ahí”, sino hubiera dicho “mire estaban fulanos y, de esos, éste y éste le tiraron”. Usted empleo la palabra “todos” ¿Sabe lo que significa la palabra “todos”? ¿Y la diferencia entre “todos y algunos”? Bueno, usted espontáneamente dijo “todos”, no nos subestime» (a partir de 00:25:40).

Asimismo, tras cederle la palabra a su abogado defensor, luego de que éste le manifestara al declarante que había sido «más preciso que ahora» (00:26:50), el juez expresó, en referencia a los dichos del letrado, que «su defensa quiere que haga referencia a eso, ¿qué pasó?, ¿cuál es la verdad?, ¿esto que nos está contando ahora?, ahora dijo “todos”» (00:28:30). Y continuó, con lectura de la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria: «Mire, acá vamos a empezar por algo. Usted dice acá en el debate que [...] espontáneamente dijo otra cosa [...]. Usted disparó como dijo acá, por eso lo llama el Jonhy y le dice que también se haga cargo, que Jonhy también disparó como lo dijo ahí, como dijo al principio que todos dispararon los que estaban ahí» (a partir de 00:28:56).

Por otra parte, mientras se encontraba efectuando preguntas la defensa, el magistrado interviniente le requirió al deponente que «si puede precisar de todos lo que usted dice, ¿cada uno qué hizo?» (00:34:54). A lo que el imputado contestó que «él se encontraba en la casa con su suegra». No satisfecho con esa respuesta, el juez señaló: «¿sabe qué, usted dijo que los ve disparar a todos, cómo le disparaban, que hacían, acá hay testigos que dicen que las mujeres se pasaban las armas [...]. Para que diga bien, diga de cada coimputado lo que usted vio, todo lo que usted vio de cada uno de los imputados [...] ¿Qué hacían las otras personas mientras usted sale y tira el primer tiro hasta que cae y usted le da el otro tiro, y se

van? ¿Qué pasó con los otros imputados? ¿Qué hicieron? Comencemos, por ejemplo, con Laura Isabel Chacón, ¿qué hizo Laura?» (a partir de 00:35:01).

Ello fue contestado negativamente por el acusado, quien dijo que esa parte no la había visto. Así el juez le reiteró que «para aclararle bien, la prueba que hay no habla de que lo de su suegra haya sido después, lo de su suegra fue antes. Usted ha estado acá escuchando en el debate [...]. Usted dice que estaba con su suegra y hay testigos que dicen que su suegra estaba afuera, por eso le digo las contradicciones que hay entre la prueba que hay en su contra y lo que usted está diciendo» (a partir de 00:37:00). A lo que el juzgador le señaló: «No ve que está cambiando las cosas y a dicho cuatro cosas distintas», mientras le advirtió «es su oportunidad ¿Y a quién pelea?, ¿A un hombre que le han disparado cuatro o cinco tiros como antes dijo usted antes?, que usted sale y que le dio miedo [...] y que vió que otras personas le estaban tirando, ¿Miedo de qué?, ¿De una persona que está desarmada y que le están tirando tiros? [...] Yo le hago ver su contradicción, es la oportunidad que tiene de declarar ¿Cómo fueron las cosas?, ¿Cómo fueron las cosas? Usted ha decidido declarar, le hemos hecho saber la prueba que hay en su contra, para que usted aclare cada uno de los puntos de lo que dice la gente que ha declarado en la audiencia» (a partir de 00:41:16). De igual manera, tras disponer la interrupción de la declaración y propiciar que el encartado se reúna con su abogado defensor –lo que ocurrió en la misma sala de debate– Peralta Ávila reanudó su exposición, momento en que el juez de la causa asumió directamente el curso del interrogatorio (al respecto, véase audiencia citada, a partir de 00:43:35).

En esta oportunidad, el coimputado expresó que: «la cosa es que hubo una pelea [...] una discusión entre Nelson y el Jonhy [...]», siendo interrumpido nuevamente por el magistrado quien le inquirió: «¿Usted como sabe de esa pelea? ¿Usted los vió pelear? ¿Entonces usted no estaba adentro? ¿Estaba ahí? ¿Se fue a la esquina? Hubo una discusión entre ellos, ¿y qué pasaba?». Interrogantes que fueron contestados por el declarante, quien manifestó: “el Jonathan le larga los primeros tiros, y después la Shirley le larga, y bueno, y mi suegra hace una zancadilla y se cae».

Luego el juzgador insistió en preguntar «¿y después qué pasa?, se cae Nelson», a lo que Peralta Ávila responde que «ahí empiezan a tirar tiros». A lo que el juez preguntó «¿empiezan o empieza?», respondiendo el acusado «empiezan, yo no empiezo»; insistiendo el juzgador en preguntar «¿Quién empieza?», respondiendo Peralta Ávila «Jonathan de vuelta, Shirley», lo que motivó que el sentenciante repreguntara «¿Alguien más? ¿Carla, Julieta estaban ahí? Porque los testigos dicen que le pasaban las armas y también tiraron?» (00:45:20).

Seguidamente, **el juez interviniente continuó con su interrogatorio**: «¿Y usted, cuándo tiró? ¿El quinto tiro larga usted? ¿Cuándo dispara? ¿Cuántos tiros? Usted dijo que primero le tira Jonathan y que su suegra le hace una zancadilla y se cae, que ahí le tira Shirley, bueno ¿Usted cuando tira es cuando su suegra ya le había hecho una zancadilla? ¿A qué distancia estaba usted? Fíjese que usted empezó hablando de veinte metros y ahora estamos en los cuatro o cinco metros ¿A qué lugar le tiró? ¿Los dos tiros?».

Nótese que no se cita aquí las respuestas del acusado porque cada una de sus contestaciones fue súbitamente interrumpida por el sentenciante a través de la formulación de preguntas. El juez siguió efectuando preguntas, entre las que cabe señalar aquellas por las que indaga sobre el resto de las acusadas. Así le inquirió: «¿Es cierto que entre las mujeres se pasaban las armas? ¿Las mujeres eran Julieta, Carla y Shirley, es así? ¿Algo más que quiera decir? ¿Es verdad lo que dicen los testigos que el hermano de él era consumidor y le compraban la droga a ustedes? ¿Así fue? Si el problema era con el hermano de Nelson ¿Por qué terminan haciendo esto con Nelson? El problema era de antes ¿Es así? (a partir de 00:49:20/00:52:18).

Por último, el juez le cede la palabra a la Dra. Massad quien le expresó al imputado que: «en un momento de su declaración mencionó que quienes habrían producido los disparos serían Shirley, Jonathan y usted, en total, y después mencionó que se iban pasando las armas, ¿qué quiere decir con eso?» (00:52:25).

En ese momento, antes que el acusado emitiera respuesta alguna a lo consultado, el juez reformuló la pregunta, lo que motivó que la defensora advirtiera que hay un problema en el entendimiento del declarante.

En esa situación, el sentenciante le advirtió que «es cierto que usted dijo tres o cuatro cosas, habló con su defensor y ahora está diciendo otra cosa. La pregunta sería [...] usted expresó una declaración [...] ahora ha dicho una versión final». Luego, le preguntó: «¿Cuál es la verdad? ¿Ésta que dijo ahora o la que dijo antes?» (00:54:00).

A partir de allí, reasumió directamente el interrogatorio, con preguntas directas acerca de la participación de cada uno de los acusados (00:54:01/00:56:00). Sin necesidad de ahondar sobre la cuestión, debo destacar que esa misma actuación excesiva del magistrado interviniente se comprueba en la segunda audiencia en que el acusado declaró (ver registros audiovisuales, «audiencia 09/11/18», 00:45:20/01:13:50).

En efecto, conforme la transcripción efectuada más arriba, es mi parecer que la conducta del juez de sentencia al recepcionar en el marco del juicio oral la declaración del coimputado Peralta Ávila, **evidenció la asunción de un rol impropio, alejado de la de un tercero imparcial** dado que, el ímpetu con el que abordó determinadas situaciones, permite sin hesitaciones, arribar a dicha conclusión.

5.2.5. Ahora bien, el punto que ha de ser examinado en lo sucesivo pasa por fiscalizar cuál es el alcance, dentro de la sentencia, de la verificada actuación excesiva del magistrado interviniente. Esto es, debe **precisarse si la entidad del vicio advertido determina la nulidad** total o parcial del fallo en revisión.

Al respecto, del modo en que lo adelanté, estimo que las concretas circunstancias que presenta el caso bajo estudio permiten considerar que esa irregularidad, en los términos señalados, **no reviste la esencialidad y decisividad** que precisa ser verificada para provocar la descalificación total de un pronunciamiento jurisdiccional como el que está bajo estudio. Veamos.

En efecto, estimo que esa **actuación excesiva del magistrado interviniente no logra conmover los argumentos** en que se funda la intervención delictiva en los hechos investigados de parte de Jonathan Alberto Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Rodolfo Marcelo Peralta Ávila.

Así, sus respectivas participaciones no sólo resultan ampliamente corroboradas a través de los múltiples y contundentes elementos cargosos debidamente valorados en la sentencia. Sino que, además, nunca fue motivo de discusión. A tal punto que los tres mencionados confesaron libre, voluntaria y espontáneamente la autoría sobre el crimen que se les atribuye.

De este modo, y de acuerdo a lo analizado, la **supresión mental hipotética de aquella parte de la declaración de Peralta Ávila brindada con la intervención excesiva del juez no tiene incidencia alguna sobre aquellos extremos de la imputación.**

Es decir, si quitamos del razonamiento probatorio los pasajes de su declaración a través de los que incriminó en los hechos a Jonathan Alberto Parodi Chacón y a Shirley Marlene Parodi Chacón, las conclusiones arribadas en orden al grado de intervención delictiva –coautoría– que a éstos les reconoce la sentencia respecto del homicidio de Nelson Eskers, se mantienen inmutables.

Basta aquí reiterar que los tres acusados admitieron el hecho, asumieron su responsabilidad como autores materiales del mismo, sin que esa confesión se haya visto de ningún modo determinada por la labor jurisdiccional desmesurada.

No advierto aquí el desarrollo de una actividad oficiosa del juez de la causa que aparezca enderezada a obtener esas admisiones y que, en consecuencia, vulnere las garantías de imparcialidad e imparcialidad al asumir una actuación que luzca inconcebible con su rol de juzgador.

Por otra parte, esta conclusión no puede ser admitida en cuanto a la intervención criminal de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón y Carla Elizabeth Parodi Chacón. A ello se arriba tras verificar que este tramo de la sentencia sí resulta materia de controversia.

Así, no solamente las propias coimputadas negaron su participación en los sucesos investigados, desarrollando el rol que allí se les reconoce sino que, además, uno de los agravios centrales del recurso de casación formulado por su defensora resulta de cuestionar la valoración de la prueba efectuada por el tribunal a quo para arribar a ese extremo.

Así, según se desprende de los registros de audio y video, Julieta Parodi negó haber tenido cualquier intervención en el suceso mortal.

Durante su declaración sostuvo, entre otras cosas, que le daban miedo las armas, que no vivía en el mismo inmueble que su madre –Laura Chacón–, ni en el barrio, y que no sabía por qué la involucraban a ella (ver registros audiovisuales, «audiencia 07/11/18», a partir de 00:54:15).

Lo mismo puede extraerse de la declaración de Laura Chacón cuando no sólo negó haber disparado sino que, además, rechazó tener la aptitud física como para provocar la caída de la víctima mediante una maniobra física como la que se le atribuye (ver registros audiovisuales, «audiencia 09/11/18», a partir de 00:12:55).

Por último, Carla Parodi también rechazó tener responsabilidad en el hecho. En su descargo dijo que al ver que su hermano –por Jonathan Parodi– sacó un revólver, y le disparó a la víctima, entró en un estado de “shock”.

Agregó que se dirigió al interior de su domicilio, y que cuando salió nuevamente y se dirigió al lugar de los hechos, vio que Shirley había llegado antes y disparado.

También describió que ella se quedó en el medio de la calle mirando y que vio que su marido –Rodolfo Peralta– también le disparó a Eskers (ver registros audiovisuales, «audiencia 09/11/18», a partir de 00:12:55).

Esta negación de responsabilidad que expresan cada una de las nombradas precedentemente, determina un cuadro de situación diferencial con el resto de los coimputados, según quedó demostrado en el desarrollo efectuado en los puntos anteriores.

Y es aquí donde los fragmentos de la declaración del coimputado Peralta Ávila recabados por el juez interviniente mediante un **excesivo ejercicio de sus facultades de interrogación**, afectan la validez de este tramo del fallo.

Ello por cuanto, como se verá, sus declaraciones resultan ser una pieza clave dentro del entramado probatorio cargoso que motivó la decisión del sentenciante de tener por acreditada la intervención material de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón y de Carla Elizabeth Parodi Chacón en los hechos del proceso.

La conclusión precedente surge con nitidez de las constancias de audio y video acompañadas. Allí se observa que el magistrado sentenciante, al exponer oralmente los fundamentos del fallo condenatorio emitido, y explicar en virtud de qué elementos probatorios tiene por acreditada la participación de cada una de las imputadas nombradas en el hecho objeto del proceso, de modo recurrente y central se refiere a los dichos de Peralta Ávila.

Si bien resulta cierto que los fundamentos dados por el juez a quo para justificar ese tramo de su decisión ponen el acento en las declaraciones de los dos testigos presenciales del hecho -Johana Beatriz Herrera González y Vanesa Nancy Oyola Gallardo-

Aprecio que el sentenciante menciona una y otra vez que la verosimilitud que se les reconoce resulta – también– de la **corroboración de sus dichos con la declaración del Peralta Ávila**.

Ello en tanto éste, además de admitir su participación en el hecho, de involucrar a Jonathan Parodi y a Shirley Parodi, hizo lo propio con el resto de las acusadas. Así pues, según se desprende de las constancias audiovisuales, en el análisis efectuado respecto de la confesión de Peralta Ávila, el a quo sostuvo que “[d]e todos los encartados que han prestado declaración es el único que involucra a todos [...]. Su primigenia declaración en debate, donde reconoce el hecho e involucra a todos, esa declaración es la única que se compadece con el resto de la prueba legalmente incorporada.

Esa declaración que brinda [...] donde se involucra en un hecho grave e involucra a terceras personas, tiene una explicación desde la ciencia del derecho» (ver registros de audio y video, audiencia 21/12/18, a partir de 00:17:52).

Además, en otro pasaje de los fundamentos, vuelve a hacer hincapié en el valor probatorio de esa declaración. Luego de reconocer que no es posible condenar a un sujeto cuando se cuenta únicamente con su confesión, aclaró que «[l]a confesión que hace [por Peralta Ávila] se corrobora perfectamente con lo que han dicho los testigos presenciales del hecho y con lo que ha dicho la ciencia cuando hace la necropsia, ese es el valor conviccional que tiene».

Así, a diferencia de las declaraciones del resto de los acusados, las que a su criterio han sido «[c]ontradictorias con el cuerpo probatorio y contradictorias entre sí, al sólo efecto de liberar de culpa a alguno de los integrantes que esa noche efectuaron disparos contra la víctima [...]», en relación al reconocimiento de Peralta Ávila, señala que, cuando confiesa, “[l]o hace del hecho que está probado» (a partir de 00:23:22).

Además, tras considerar que se trata de una **«confesión calificada»**, dijo que «[e]l plexo probatorio le da la razón a lo declarado por el coimputado Rodolfo Marcelo Peralta Ávila cuando los involucra a todos en el hecho, en cuanto a circunstancias de modo, tiempo y lugar, y con precisión, porque ha sido tan preciso que lo que él dijo es lo mismo que sostuvieron los testigos presenciales» (00:30:58).

De esta manera, estimo que en ese razonamiento probatorio debe distinguirse dos grandes segmentos, y los agravios defensivos deben prosperar de modo parcial.

En uno de esos extremos, estimo que resulta inconvencional el tramo de la sentencia con el que el a quo encontró acreditados los hechos y la intervención delictiva de Jonathan Alberto Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Rodolfo Marcelo Peralta Ávila.

Mientras que, en el otro extremo, resulta nulo el fallo en revisión en la medida en que el juzgador estimó demostrada la participación criminal en los mismos de las coimputadas Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón y Carla Elizabeth Parodi Chacón, conforme lo previsto en los arts. 155 y 416 inc. 4 del CPP.

5.3. Admitidos parcialmente los vicios procesales alegados por las defensas, debo ingresar ahora al tratamiento de los cuestionamientos que giran en torno a la calificación legal.

Esto es, respecto de los aspectos que entiendo deben confirmarse, debe decidirse si ha sido correcto el encuadre jurídico que dio el tribunal de mérito a los hechos que se dieron por probados en la sentencia. Ambos defensores se agravan coincidentemente de la calificación legal escogida por el a quo por cuanto consideran que, a partir de las pruebas que se produjeron en debate, el razonamiento efectuado al

respecto no permite sustentar los hechos acreditados dentro de la figura del homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas (art. 80 inc. 6 del CP).

Concretamente, estiman que no existen elementos de prueba que demuestren que los acusados obraron en los hechos con el **dolo de premeditación** que exige la figura delictiva seleccionada por el sentenciante. Así, al no haber mediado entre ellos un **«acuerdo previo» de voluntades** para cometer el hecho objeto del proceso, el caso debe ser caracterizado como un supuesto de codelincuencia común y, en consecuencia, la conducta de los acusados debe ser subsumida en orden al tipo penal de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, a los términos del art. 79 en función con el art. 41 bis del CP. En ese orden, estimo que los argumentos relativos a la presencia de vicios de tipo sustancial, deben ser recibidos en esta instancia extraordinaria de revisión.

Ampliación de la acusación fiscal. Premeditación.

De manera preliminar, corresponde efectuar dos aclaraciones: por un lado, respecto del modo en que se produjo la **ampliación de la acusación fiscal** durante la celebración del debate y que derivara en la atribución de la agravante por la que se condenó a los acusados; por otro lado, en cuanto a los límites de la revisión de la sentencia en orden a los vicios sustanciales planteados.

En efecto, según se desprende de las constancias audiovisuales del debate, al inicio de la segunda audiencia, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó al tribunal la ampliación de la acusación **–art. 391 del CPP.–**

En esa oportunidad, al momento de verter los argumentos en que sustentó su petición, se sirvió de cierta parte de la información obtenida de los testigos presenciales del hecho cuando declararon en la audiencia previa.

Desde allí, el acusador público, estimó que había surgido del debate una **circunstancia agravante no contemplada en el requerimiento de citación a juicio**, motivo por el que modificó el encuadre de los hechos dentro de la figura prevista en el art. 80 inc. 6° del CP (ver registros de audio y video, «audiencia 06/11/18», 00:03:35/ 00:13:00).

Por otro lado, no puede soslayarse que la solución alcanzada en base a las consideraciones efectuadas en el punto que precede al presente, fija y delimita el campo de examen sobre el análisis jurídico del caso.

Es decir, según lo resuelto, tras resultar inmutable los fundamentos por los que se tiene por acreditada la participación delictiva que les reconoce la sentencia a los coimputados Jonathan Alberto Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, ello determina que sea sólo sobre éstos que se analice la calificación legal que estimo aplicable.

Sentado cuanto precede, resulta preciso diferenciar aquí los argumentos en que cada una de las partes recurrentes sostiene su pretensión casatoria. Por un lado, la defensa de Rodolfo Marcelo Peralta Ávila alega que la **falta de premeditación** resulta de advertir: (a) el bajo nivel intelectual de su pupilo impide que él pueda obrar por sí mismo, siendo influido por los demás a obrar en un determinado sentido; (b) el origen de los acontecimientos, esto es, fueron las amenazas e insultos proferidos primero por la víctima; (c) la inexistencia de un aparato organizado de poder con división funcional del hecho.

Por otro lado, lo propio hace la defensa de Shirley Marlene Parodi Chacón y Jonathan Alberto Parodi Chacón, cuando refiere que la falta de acuerdo previo deriva de: (a) que todos los imputados se encontraban en distintos lugares al momento de los hechos, siendo la víctima quien al pasar por la puerta de su domicilio los agredió; (b) las circunstancias de tiempo y lugar en que se desarrollaron los sucesos; (c) que no existe prueba que demuestre que los acusados conocían previamente la ubicación de la víctima.

Resumidos de este modo los argumentos, advierto que esta cuestión fue oportunamente planteada por ambas defensas durante el debate y ha recibido tratamiento en la sentencia cuestionada.

Sin embargo, más allá de destacar esta reedición, considero que la solución adoptada no ha sido debidamente fundada por el juez a quo.

En efecto, del repaso de los fundamentos orales obrantes en la causa, surge que el tribunal de sentencia, para justificar la existencia de aquel elemento típico resistido por las partes impugnantes –acuerdo previo entre todos los partícipes para dar muerte a la víctima– y, en consecuencia, descartar la calificación más benigna propuesta por los defensores, sostuvo que: «[a]cá no hay duda que lo querían [en referencia al resultado mortal]. Las propias palabras de Shirley [...] esas palabras nos permiten, más el problema previo, mencionar que era algo que ya estaba hablado, que ya estaba acordado.

Lo que nos está llevando a la agravante del concurso premeditado de dos o más personas.

Acá son seis personas los que actúan para matarlo, en el mismo momento, juntos como dicen los testigos, actuando en grupo, con el dominio funcional del hecho, todos [...]. Hay acuerdo premeditado. El acuerdo premeditado no requiere la premeditación de la que hablaba el Código Penal español, que era antecedente del Código de Tejedor [...]. Específicamente el art. 80 inc. 6 dice el concurso premeditado.

Pero toda la doctrina es conteste en señalar que no se trata de esa premeditación de la que hablaban los españoles que era la elección de los medios, la oportunidad, la frialdad deliberativa del ánimo para hacerlo de manera tal de tener la seguridad del resultado.

Lo que requiere es que se sepa de que se trata de una obra común, que todos lo están matando, nada más.

Y puede ser inmediatamente antes o inmediatamente de comenzado el hecho, antes de la muerte.

Con lo cual no se requiere que hayan grandes planificaciones, discusiones. [De] lo que se tiene que tratar [es] que todos sepan que es una **obra común**, que todos lo están matando. Las palabras de Shirley: le dieron hasta que lo mataron». Luego de citar doctrina y jurisprudencia que estimó adecuada en la solución del caso, en diversos pasajes verificó que «[e]n este caso no caben dudas, todos tuvieron el **dominio del hecho** [...].

Acá todos sabemos que son armas, que son idóneas para matar, efectuando disparos a zonas vitales, y el médico forense ha sido muy claro. Ésta fue la obra de todos [...]; lo mataron todos por la cantidad de disparos a zonas vitales [...]. El **acuerdo circunstancial** también está dado en el caso concreto. Acá todos intervinieron en el hecho. Es muy difícil contra cinco o seis personas que le están disparando, por más que hubiera estado armado, el deceso hubiera ocurrido igual [...]. Cuando se están pasando las armas, y todos disparando entre cuarenta y ochenta centímetros, esto es evidente que se trata de una obra en común, no de una cuestión ocasional [...]. Acá no hay una mera ocurrencia ocasional. Acá habían problemas previos. Ya se tenían ganas. Lo [dijeron] las propias palabras de Shirley: hicieron lo que ya venían hablando que le iba a pasar, [...], “viste que ibas a morir”. Y terminó muerto, ¿por obra de quién? de los que lo querían matar, y ¿cómo? en forma conjunta, teniendo todos el dominio funcional del hecho [...]. Por eso entiendo que objetiva y subjetivamente se da el tipo penal del art. 80 inc. 6 y del 41 bis del Código penal, porque se usaron armas de fuego» (ver registros audiovisuales, audiencia 20/12/18, a partir de 01:37:13). Ahora bien, como lo señalé previamente, las conclusiones arribadas en orden al tratamiento de los vicios formales repercuten de modo directo en el análisis de los agravios sustanciales propuestos.

De ahí que la solución jurídica que aquí propongo resulta de verificar que los tramos de los hechos tenidos por demostrados en la sentencia, y que según lo analizado resultan firmes e inmodificables en esta instancia, no son susceptibles de ser encuadrados en las previsiones del artículo 80 inc. 6, en función del

art. 41 bis, ambos del CP. –homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y por el uso de arma de fuego–, tal como hizo el tribunal de sentencia.

Por el contrario, considero que los hechos acreditados deben calificarse conforme las previsiones del art. 79, en función con el art. 41 bis, ambos del CP. –homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego–

.
Esto en tanto no cabe margen para la duda acerca de que Jonathan Alberto Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, munidos con armas de fuego, le efectuaron múltiples disparos a Nelson Eskers los que, en su conjunto, le provocaron heridas que desencadenaron el resultado mortal. Como ya señalé en el párrafo anterior, se comprobó que el día de los hechos, los sindicados se encontraban ubicados en la esquina frente al lugar de donde salió la víctima junto con su pareja, hijo y cuñada.

Además, está probado que en ese momento portaban armas de fuego de distintos calibres aptas para el disparo y que, tras un escaso intercambio de palabras, se desencadenó la agresión que culminó con la muerte de Nelson Eskers.

También resultó acreditado que la víctima se encontraba desarmada, y que la gran cantidad de disparos no sólo se ejecutaron de modo vertiginoso sino que, además, fueron dirigidos a zonas vitales de la humanidad del occiso.

Por último, tras el ataque, los nombrados se dieron a la fuga. Por lo que, forzoso es concluir que todas las pruebas conducen a confirmar que la intención de los encartados de mención no pudo ser otra que dar muerte a la víctima, valiéndose para ello del uso de armas de fuego aptas para el disparo, las que utilizaron de manera efectiva, desplegando un ataque que culminó con el resultado mortal objeto de investigación. Ahora bien, considero que esos datos reseñados **no permiten demostrar la existencia de un acuerdo premeditado** entre los partícipes del hecho, de acuerdo al análisis y a los fundamentos que, sobre este punto, contiene la sentencia.

Es que si bien las circunstancias modales en que se ejecutaron los hechos permite tener por cierto que los comportamientos delictivos juzgados se materializaron en un contexto en el que participaron una **pluralidad de agentes intervinientes**, quienes realizaron **aportes esenciales para esa consumación** delictiva, considero que el juez de mérito no logra brindar adecuadas razones como para justificar que los tres acusados nombrados se pusieron de acuerdo para matar en concurso, requisito típico específico que nos sitúa dentro del marco jurídico de la figura delictiva seleccionada por el sentenciante.

Tal como lo apunta con justeza el a quo en sus fundamentos, en los que repasa precisamente las posiciones adoptadas por diversos autores sobre el delito en cuestión, entiendo que el homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas –art. 80 inc. 6° del CP.– requiere la concurrencia de un aspecto objetivo y de uno subjetivo. Así, objetivamente, la figura en trato reclama que a la acción del agente hayan concurrido dos o más personas, lo cual implica que debe darse un número mínimo de tres partícipes (el agente y dos sujetos más) –pluralidad de agentes–.

Mientras que, subjetivamente, se exige que la participación de esa pluralidad de agentes en la muerte de la víctima deba ser acompañada de la **convergencia intencional** de los unos respecto de la acción de los otros.

Pues no basta aquí con la simple intervención de varias personas en la muerte de la víctima, sino que es necesario que se trate de un concurso premeditado, lo cual importa que los agentes se hayan puesto de **acuerdo para matar** en concurso.

Por ello, **no es suficiente que se hayan puesto de acuerdo para matar, sino que se deben haber puesto de acuerdo para hacerlo de ese modo.**

Esta exigencia subjetiva se justifica si tomamos en cuenta que existe consenso doctrinario en cuanto a que el fundamento de esta agravante radica precisamente en que una actuación criminal que reúna ambos requisitos se traduce en menores posibilidades de defensa de la víctima ante la actividad de varios agentes.

Con lo cual, si frente a un caso de pluralidad de agentes en la ejecución de un hecho delictivo no se demuestra ni justifica de manera razonable y suficiente que cada uno de los partícipes en el hecho obró de acuerdo a **un plan o acuerdo previo**, que demuestre que hubo una intención previa, preordenada y directa de realizar la muerte con el concurso de la cantidad de personas, ello impide comprobar que el concurso premeditado que requiere la figura en pugna.

Déficit de fundamentación que, en casos como el presente, nos conduce a encuadrar los hechos dentro de la figura básica del homicidio simple –art. 79 del CP.–, con la agravante genérica prevista en el art. 41 bis del CP.

Esta necesidad de fundar adecuadamente la existencia de premeditación en el concurso de agentes para la comisión del homicidio, resulta también del marco referencial que surge luego de comparar esta figura –art. 80 inc. 6 del CP– con otras normas en la legislación de fondo, en las que también se hace referencia a la **pluralidad de agentes**.

Intervención de dos o más personas. Pluralidad de agentes.

Es decir, en aquellos tipos delictivos cuya figura básica resulta agravada por la intervención de más de una persona.

Así, a modo de ejemplo, cabe mencionar aquellos delitos previstos en el art. 119, párr. 4, inc. “d”; en el art. 42 bis, inc. 6; en el art. 145 ter, inc. 5; y en el art. 170, inc. 6, todos del CP.

En éstos casos se advierte que el fundamento de la agravante viene determinado exclusivamente por la existencia, sin más, de una **pluralidad de agentes** en la comisión del ilícito que se trate.

Mientras que en el homicidio agravado se requiere el «**concurso premeditado** de dos o más personas», lo que significa algo más que la pluralidad delictiva: una concurrencia de voluntades específicamente determinado a obrar de un determinado modo, esto es, en concurso.

En el sub examine, específicamente en el tramo de la sentencia que resulta invariable, no hay duda sobre la pluralidad delictiva, pues es evidente que los tres agentes desarrollaron actos materiales que constituyeron la ejecución de violencia sobre la víctima, a través de la ejecución de disparos con armas de fuego de diversos calibres.

Con lo cual, desde lo estrictamente objetivo, se comprueba la superioridad numérica frente al sujeto atacado que reclama la figura en pugna.

También ha quedado demostrado sin hesitación el comportamiento doloso de los tres acusados mencionados precedentemente puesto que, además de proveerse de los medios materiales necesarios y aptos para el acometimiento mortal, ejecutaron todas las acciones necesarias para alcanzar el fin propuesto.

De otro modo, esto es, si la intención no hubiese sido matar a la víctima, los atacantes podrían haber disparado hacia zonas no vitales de su cuerpo o, incluso, haberse retirado y dejándolo herido tras efectuarle los primeros disparos.

Sin embargo, otros disparos fueron efectuados ni bien la víctima cayó al piso y dirigidos a zonas evidentemente vitales cuando la víctima ya se encontraba herida y con nulas posibilidades de defensa.

Ahora bien, más allá de ello, estimo que la fundamentación que realiza el sentenciante para tener por demostrada la concurrencia típica de este aspecto subjetivo –concurso premeditado–, no resulta suficiente de acuerdo a la plataforma acreditada, porque no permite tener por cierto que los agentes actuaron en los hechos sobre la base de un acuerdo previo de voluntades, en el sentido anteriormente analizado.

Así, más allá de lo expuesto en este punto por el tribunal de juicio, no considero que el plexo probatorio que acompaña la causa, ni el razonamiento expuesto en este sentido por el a quo alcance para comprobar que los acontecimientos estuvieron determinados por una voluntad premeditada de realizar la muerte de ese particular modo.

En esa línea debo resaltar que las manifestaciones verbales de Shirley Parodi Chacón, que fueron interpretadas decisivamente por el sentenciante como prueba de la existencia de esa premeditación del ataque, no son suficientemente demostrativas de ello.

Ahora bien, la solución que aquí propongo, consistente en encuadrar los hechos probados dentro del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP), encuentra basamento en dos razones fundamentales.

Por un lado, no resulta controvertido que Jonathan Alberto Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Rodolfo Marcelo Peralta Ávila fueron coautores del homicidio de Nelson Eskers; y, por otro lado, que se valieron del uso de armas de fuego aptas para el disparo para alcanzar ese resultado mortal pretendido. Además, no existe duda en que los tres sindicados obraron dolosamente en los hechos, por cuanto conocieron todos los elementos del tipo objetivo, y actuaron en consecuencia.

Todos ellos sabían y quisieron disparar un arma de fuego contra una persona, a corta distancia y sobre zonas vitales de su cuerpo.

En definitiva, por todas las consideraciones aquí expuestas referidas a por qué el caso sometido a decisión no es típico de las previsiones del **inc. 6 del art. 80 CP.** y, descartado que los intervinientes actuaron movilizados sobre la base de un acuerdo previo que nos coloque dentro de la exigencia típica del «concurso premeditado» previsto normativamente, estimo que también corresponde hacer lugar en este punto a los recursos de casación articulados.

Por todo lo expuesto entiendo que corresponde contestar de manera parcialmente afirmativa la primera cuestión planteada en relación a los recursos interpuestos a favor de Jonathan Alberto Parodi Chacón, de Shirley Marlene Parodi Chacón y de Rodolfo Marcelo Peralta Ávila; y de manera afirmativa en cuanto a las impugnaciones formuladas en favor de Laura Isabel Chacón Moyano, de Julieta Analía Parodi Chacón y de Carla Elizabeth Parodi Chacón. **ASÍ VOTO.**

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO: Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa considero que corresponde hacer lugar a los remedios casatorios interpuestos oportunamente por las defensas de los acusados y, en consecuencia, **anular el debate celebrado ante el Primer Tribunal Penal Colegiado**, la sentencia y los fundamentos dictados con posterioridad. Paso a explicarlo.

Preliminarmente, con base en razones de economía procesal, entiendo prudente remitirme al detalle hecho por mi colega preopinante respecto de los antecedentes de la presente causa y de los argumentos

trazados, de manera escrita y oral, por todos los letrados defensores intervinientes, por el Procurador General y el Fiscal Adjunto en lo Penal.

Dicho ello, también considero apropiado advertir que, si bien los motivos sobre los que estructuraré mi voto aluden a **irregularidades en la actuación del tribunal de sentencia** que no han configurado razón de agravio en las presentaciones escritas de las defensas que han intervenido en el proceso, existen fundadas razones para valorarlas en esta instancia.

Al respecto no puede dejar de destacarse lo siguiente.

En primer lugar, que en el marco de la audiencia oral celebrada ante esta Sala Penal, el Fiscal Adjunto en lo Penal, representante de la Procuración General, solicitó que se revisara la actuación del magistrado sentenciante pues, en su opinión, la misma no se sujetó al **comportamiento funcional** que se espera de un servidor público.

Al respecto indicó que, a tales efectos, no podía ser un obstáculo el hecho de que las defensas no hayan advertido tal anomalía antes de dicha audiencia oral, y que la decisión criticada conllevaría la vulneración del derecho de defensa en juicio y el debido proceso penal (ver registro audiovisual acompañado, audiencia de fecha 11/11/2019, a partir del minuto 52:30). Comparto esas apreciaciones.

En segundo lugar, aunque relacionado con lo dicho arriba, entiendo que la facultad de este Cuerpo para revisar aspectos no controvertidos oportunamente por los recurrentes encuentra razón en que, esencialmente, tales aspectos configuran vicios de **nulidad absoluta y como tales, son subsanables de oficio por este Tribunal**, según se ha dicho con anterioridad (ver L.S. 312-015; L.S. 377-190; LA 088-192). Aclarado lo anterior, entiendo necesario explicar porqué entiendo que el juez de sentencia se ha desenvuelto inadecuadamente, al punto tal de convertir todo el debate y los actos dictados en consecuencias –estos son, la sentencia condenatoria de todos los acusados y sus fundamentos–, en actos de una nulidad insalvable.

En este sentido, diré que el juez a quo ha vulnerado el **deber de imparcialidad del órgano juzgador** (a), y que no ha resuelto adecuadamente el pedido del acusado Rodolfo Peralta a contar con un abogado defensor de confianza (b). Además, daré mi opinión acerca de la conveniencia de contar con tribunales colegiados en casos como el presente (c). Veamos

a) Acerca de la función de los jueces en el debate oral

Esta Sala ha tenido oportunidad de expresarse, en varias ocasiones, acerca de cuáles son los alcances con los que el tribunal de sentencia puede interceder frente al conflicto penal.

En concreto, acerca del alcance del rol que le corresponde en el contexto de un sistema de enjuiciamiento orientado al modelo acusatorio.

Frente a este tópico se ha dicho que el órgano juzgador no es una parte del proceso, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa, que su función no es la de intervenir para darle contenido al objeto procesal que se controvierte frente a él, sino la de garantizar que la acusación y la defensa ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal.

De este modo, se sustrae la posibilidad de hacer las tareas que le corresponden propia y exclusivamente a las partes –alegar, afirmar, impugnar– y se veda cualquier posibilidad de reemplazarlas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate (ver causa «Mopardo Dupox»).

Con ello, además, también ha aclarado este Tribunal que la posibilidad que el Código Procesal Penal le confiere al juez, de formular preguntas durante el debate, conforme con los lineamientos acusatorios del sistema, no pone en igualdad de condiciones al juez con las demás partes.

Surge de la norma procesal que mientras «**el fiscal, las partes y los defensores**» pueden «formular preguntas a las partes, peritos, testigos, e intérpretes» –art. 399 primer párrafo del CPP–, «el presidente y los vocales podrán formular las preguntas que estimen **necesarias para la mejor comprensión de la declaración**» –art. 399 segundo párrafo del CPP– (ver causas «**Mopardo Dupox**» y «**Flores González**»).

Conforme con este entendimiento sistemático del proceso, y literal de la norma procesal, resulta evidente que el juez no debe entrometerse en la producción de la prueba y que, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, su actuación está ceñida a interrogar sólo dentro de los márgenes de lo estrictamente necesario para la mejor comprensión de la declaración.

A ello apunta la **alocución «preguntas aclaratorias»**, entendiéndose por tales aquellas que permiten clarificar algunos dichos oscuros emitidos por el testigo, perito o intérprete, ya sea que estos hayan sido emitidos en forma espontánea, o en forma de respuestas a preguntas formuladas por los litigantes.

Lo que se busca en estos casos es echar claridad a una información inicialmente incorporada al juicio, pero que no fue precisa.

Esta facultad, así entendida, no implica incitar a la introducción de datos no ventilados por el testigo, perito o intérprete. Por oposición, aquellas preguntas que no son aclaratorias en dichos términos denotan interrogación, averiguación o indagación.

Por ello, cuando el juez acude a ellas para obtener información sobre el objeto procesal controvertido, rompe con la igualdad de las partes (ver al respecto, las causas «**Echevarría Maza**» y «**Flores González**»).

Sólo de esta manera puede cumplirse con la manda que obliga al juez a ocupar un rol pasivo –en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria en contra del acusado–, de modo tal que, habiendo garantizado el contradictorio entre los sujetos contendientes, pueda evaluar el trabajo que han realizado durante el debate, la forma en que presentaron sus hipótesis sobre el caso y la prueba sobre la que éstas se apoyaron, para luego tomar una decisión razonada a favor o en contra de aquéllas hipótesis.

Estas líneas definen los límites bajo los cuales debe actuar el órgano juzgador en un sistema acusatorio de corte adversarial. En este caso, sin embargo, tales límites han sido traspasados por el juez de sentencia a lo largo de todo el debate y de manera sistemática.

En efecto, la compulsa de cada una de las audiencias celebradas durante el juicio demuestra que el a quo mantuvo una posición totalmente alejada del rol funcional que le competía ante a un conflicto que, por definición, le era ajeno.

Frente a la participación de cada una de las personas llamadas a declarar –ya sea como testigos, como imputados o como profesionales auxiliares de la justicia– el juez adoptó una posición impulsora, mediante la cual, hizo un uso abusivo e irregular de la facultad que le confiere la norma procesal.

Ello puesto que, lejos de indagar sobre aspectos oscuros o pocos claros en las declaraciones, adoptó un comportamiento de excesivo activismo contra los imputados, para incorporar información y hasta controvertir las defensas materiales de los mismos.

Si bien lo señalado surge ostensible en todo el juicio oral, a continuación, sólo haré mención de las intervenciones del juez que, según estimo, demuestran con claridad el modo inadecuado con el que éste introdujo la información que lo llevó a condenar.

El primer día de audiencia, en el marco de la declaración de Vanesa Oyola, testigo presencial de los hechos y cuñada de la víctima, el juez intervino en la declaración y le dijo: «Le hago una pregunta porque ya me dijo quiénes disparaban; Laura Isabel Chacón, que es la que iba con el cuchillo, el aporte de ella, si ella no hubiese estado ahí, ¿se podría haber escapado su cuñado para otro lado?» Luego de que Oyola indicara que sí, el a quo dijo: «¿Y no le hubiera pasado nada?».

Tras responder afirmativamente la testigo, el juez agregó «¿O sea que el aporte de ella fue importante?», generando una respuesta afirmativa de la declarante (ver soporte audiovisual del día 5/11/2018, a partir del minuto 53).

Luego, en dicha audiencia y en el marco del testimonio de Gladys Benegas Escalante, la testigo explicó al fiscal de juicio que la pareja de la víctima no le había contado qué fue lo que sucedió y que sólo gritaba que a su marido lo habían matado.

El juez intervino para decir: «¿Usted no le preguntó quién después? ¿Después aunque sea en otro día [...] le contó Johana quiénes habían sido?» Ante la negativa de la testigo, el a quo preguntó: «¿No le contó? ¿Nunca le dijo quienes habían sido?» Así, la testigo señaló finalmente el apellido de los acusados (ver a partir del minuto 1:04:00).

En esta declaración, también, el magistrado sentenciante dijo: «¿Usted dice que los vecinos no estaban, que habían salido por los disparos [...] ¿A qué atribuye que no estuvieran los Parodi? [...] Toda la gente siente disparos, dice usted que espera un tiempo prudencial y sale a ver qué pasó, todos los vecinos salieron a ver qué pasó, los Parodi no estaban [...] y después le dice Johana que habían sido los Parodi. Usted, eso que no estuvieron, ¿lo puede vincular a esto que le había dicho Johana que habían sido ellos?»

Al indicar la testigo que no entendía, el juez intervino nuevamente y dijo: «La pregunta es simple. Yo soy vecino, siento que hay un problema, puedo tener una conducta de que no me importa o puedo ir a ver qué pasó, menos los Parodi que no estaban y hay una persona que dice que fueron los Parodi.

La pregunta a usted es si considera que se mandaron a cambiar porque habían sido ellos. Esa es la pregunta» (ver a partir del minuto 1:07:25).

En el marco de la declaración de la testigo Jéssica Pereyra, al decir ésta que oyó disparos y vio correr a mucha gente, el juez preguntó: «¿A algunos de estos que le mencioné [por los acusados] los vio correr?». La testigo respondió afirmativamente. Luego, frente a una pregunta de la defensa sobre si había visto con armas a las personas que vio correr la testigo contestó que no las vio y el juez sostuvo: «No sabe». Frente a ello, la defensa reformuló la pregunta y consultó «¿No sabe o no las vio?», respondiendo nuevamente la testigo que no las vio con armas. Inmediatamente, el juez intervino y le dijo a la testigo: «O sea no las vio con armas en la mano, las podían llevar en la cintura [...] o en un bolso». La testigo afirmó (ver a partir del minuto 1:18:00).

Hasta aquí puede observarse cómo las preguntas del juez no fueron direccionadas a aclarar aspectos de las declaraciones producidas en la audiencia, sino a requerir información que no estaba siendo solicitada por ninguna de las partes.

En otras palabras, las testigos no estaban siendo interrogadas por el órgano acusador, pero, sin embargo, aquellas preguntas hechas por el juez, y sus respuestas, favorecían claramente la hipótesis acusatoria.

El segundo día de audiencia inicia con el pedido de **ampliación de la acusación** formulado por el fiscal, a tenor de lo dispuesto en el art. 391 del CPP.

Destaco aquí este hecho pues, en sus fundamentos, el representante del Ministerio Público Fiscal utilizó la información que había surgido por las preguntas del juez a la testigo Vanesa Oyola, en particular, aquella referida a si la víctima podría haberse salvado sin la intervención de una de la acusadas –Laura Chacón–.

Las palabras de la testigo fueron valoradas como un elemento indicador de la convergencia de los acusados, en concreto, del concurso premeditado por el que, posteriormente, fueron condenados (ver soporte audiovisual del día 6/11/2018, a partir del minuto 3:04).

Posteriormente declaró el acusado Rodolfo Peralta.

En esta oportunidad el juez contradijo y controvirtió la versión de los hechos que aquél prestaba. Resaltaré seguidamente los aspectos que estimo determinantes para calificar la intervención del juez como parcial. Luego de que Peralta dijera que se encontraba en el domicilio de la familia Parodi, mientras tomaba mates y charlaba con las acusadas Carla Parodi y Laura Chacón, explicó que escucharon disparos y salieron a ver qué sucedía.

Dijo que vieron un «revuelo» y que la víctima ya estaba tirada, pero inmediatamente sostuvo «antes de estar acostado, cuando tiran todos, antes de estar acostado, bueno cuando se cae el chabón, la persona, el Nelson, yo también tiré, por miedo tiré, a lo lejos, por miedo, porque era un señor peligroso».

Con ello, el juez intervino y preguntó: «¿Si ya estaba en el suelo qué peligro tenía?». El imputado ratificó que la víctima no estaba en el suelo cuando éste disparó, pero el a quo indicó: «Usted está diciendo que ya estaba en el suelo, que ya habían tirado los otros [...] y le tira cuando estaba en el suelo porque era peligroso [...] ¿Qué peligro hay en un tipo que ya está en el suelo? Es la pregunta para que usted aclare, es su oportunidad». Seguidamente el acusado insistió en su versión, en el sentido de que disparó antes de que la víctima cayera y por miedo, ante lo que el juez, nuevamente, preguntó «Si los otros ya están tirando, ¿Miedo a qué?» (ver a partir del minuto 11:50). Lo sucedido a continuación no deja de llamar la atención. El juez le preguntó a Peralta: «¿Entonces dónde le pega el primer tiro que usted le pega?» y el acusado responde «Cuando están tirando todos».

El a quo repregunta: «¿Entonces cuándo tira el primer tiro?» y el acusado responde «Antes que caiga, no sé si fue certero porque disparé a lo lejos». El juez intercedió y dijo: «Para que usted pueda defenderse, ese primer tiro que pega, ¿cómo estaba el sujeto?», a lo que Peralta responde: «No estaba tirado todavía». Luego preguntó el a quo: «¿Iba corriendo [...] estaba de espalda?» y el acusado aclaró que sí, que la víctima corría. El a quo entonces preguntó: «¿O sea que usted le tira por la espalda?». No conforme con la respuesta negativa de Peralta, en el sentido de que no disparó a la espalda de la víctima, el juez lo confrontó diciendo: «Si usted dice que iba corriendo y todos los testigos dicen que iba corriendo, le tira por la espalda».

El acusado insistió con que la víctima no estaba de espalda, pero el juez, nuevamente, controvirtió su versión al indicarle: «Hay un tiro en la cara que usted acaba de decir que no se lo tiró. Y todos los demás están por la espalda. Usted reconoce haberle tirado cuando se iba corriendo [...] ¿y a dónde está el tiro?».

El acusado respondió que tal vez su disparo «no fue certero» y, a continuación, el juez repasó la declaración y preguntó: «¿Cuándo tira usted el otro tiro? Porque dijo usted que tiro primero uno y después el otro ¿El otro tiro que tiró?» (ver a partir del minuto 18).

Lo que sorprende de este pasaje, no sólo es que el juez interrogó al acusado y controvirtió constantemente su versión de los hechos con la versión de la acusación y con lo dicho por los testigos –tarea que, como se aclaró, le compete al representante del Ministerio Público Fiscal, ya sea al momento de interrogar al acusado, o al de alegar sobre la credibilidad de su versión–; sino que, también, aludió a un «primer disparo», cuando el acusado no había hablado de un «primer» disparo.

Este último aspecto no es intrascendente, pues a continuación de aquella última pregunta destacada, el acusado negó enfáticamente haber realizado un segundo disparo, pero el juez le aclaró insistentemente

que se estaba contradiciendo, al punto tal que la defensa de Peralta también intercedió para acoplarse a las correcciones del a quo.

Esta intervención irregular del órgano juzgador, más el pedido de su defensa, en el sentido de que le pedía veracidad y claridad atento a la gravedad de los hechos, llevaron al acusado a sostener que «sí» que, «capaz» realizó más de un disparo.

Luego, su defensa intervino y sostuvo «hubo un primer tiro, entonces el segundo puede no haber sido certero, ¿pero tiró un segundo tiro cuando estaba caído?».

El acusado respondió asertivamente con un gemido y luego, tanto el juez como la defensa, sostuvieron que «así fue», entendiendo de este modo que el acusado «confesó» más de un disparo (ver a partir del minuto 19).

Avanzada la audiencia comparecieron algunos profesionales que intervinieron en el proceso, en cuyas declaraciones el juez realizó preguntas que, lejos de aclarar información poco precisa que hubiere sido referida por los declarantes de manera previa, apuntó a incorporar información que no fue requerida por ninguna de las partes.

En ellas se advierte como, ante la pasividad del representante del Ministerio Público Fiscal, el a quo solicitó información que fortalecía la hipótesis acusatoria, referente a la dinámica del hecho o a la culpabilidad de los acusados.

La funcionaria Vanesa Zeballos, del cuerpo de Policía Científica, explicó cuáles fueron sus tareas y sostuvo que en el lugar no encontraron vainas sino sólo sangre. Ante ello el juez preguntó: «¿Por la sangre que había en el lugar, el cuerpo sufrió los disparos en ese mismo lugar o hubo un desplazamiento?» La testigo indicó que la sangre estaba en un único lugar y el juez la interpeló diciendo: «con lo cual se puede deducir que fue todo en el mismo momento, que los disparos fueron en el mismo momento [...] si no habría un reguero de sangre [...] Todo está concentrado en la mancha, significa que no hubo desplazamiento del cuerpo»; la funcionaria asintió (ver a partir del minuto 1:07:45).

Más adelante, ante la comparecencia del profesional del Cuerpo Médico Forense encargado de examinar psiquiátricamente a varios de los acusados –Marcelo Peralta, Jonathan Parodi y Shirley Parodi–, el juez intervino con preguntas del estilo: (a) «¿Es compatible la forma de reaccionar con el carácter de su personalidad?»; (b) «La falta de estabilidad emocional y la falta de tolerancia a la frustración ¿lo puede llevar a reaccionar de forma agresiva, con armas o golpes de puño?»; (c) «¿Entonces en una situación donde hay varios actuando, es probable que él sea el primero en actuar y que los otros acompañen?»; (d) «En las constancias de autos a ella le atribuyen que es la que sigue en los disparos después de que Jonathan dispara. ¿Es compatible con su forma de pensar?».

Asimismo, frente a la aclaración del profesional, respecto de que la acusada Shirley Parodi tenía su personalidad aún en formación, que es más vulnerable, que no es una persona madura y que el adolescente actúa con irritabilidad hacia estímulos, el a quo acotó: «Pero eso no la hace menos responsable de sus hechos».

El declarante asintió (ver a partir del minuto 1:43:31).

La audiencia del día 7/11/2018 también es un ejemplo de la **parcialidad del juez**.

En efecto, en el marco de la declaración de la profesional del Cuerpo Médico Forense encargada de realizar la necropsia de la víctima, el juez preguntó: «¿Los disparos, por la zona, eran dirigidos a zonas vitales?, ¿iban dirigidos a las piernas, al tronco?». La médica indicó que la mayoría fueron dirigidos al tronco y el juez preguntó «¿Y los que son a las extremidades están en la parte de abajo o cerca del tronco?».

Tras expresar la profesional que estaban cerca del tronco, el a quo preguntó a modo de afirmación «¿Y en el tronco es dónde está la mayoría de los órganos vitales!?». La respuesta fue afirmativa (ver declaración a partir del minuto 1). La audiencia del día 8/11/2018 demuestra, también, cómo el magistrado sentenciante se posicionó del lado de la acusación, frente al conflicto penal.

En el marco de la declaración de la profesional del Cuerpo Médico Forense, encargada de examinar psiquiátricamente al resto de las imputadas –Laura Chacón, y Julieta y Carla Parodi–, adoptó un ropaje propio del órgano acusador en sus preguntas e intervenciones.

En efecto, de manera previa se había incorporado como prueba un informe médico que aseveraba que la acusada Laura Chacón tenía una limitación funcional crónica en el pie izquierdo, lo que no implicaba un impedimento para caminar, aunque fuere con dificultad, y concluía que a la fecha de los hechos investigados ella podía desplazarse (ver a partir del minuto 0:45).

Luego, frente a la afirmación de la médica, en el sentido de que Laura Chacón se mostró negativa a colaborar y que la entrevistada lo vinculaba a su condición física, el juez se encargó de mostrarle el informe médico mencionado, le pidió que lo leyera, y le solicitó que, en base a ese informe y a lo que ella constató en la entrevista con la acusada, dijera si podía arribar a alguna conclusión psiquiátrica. La profesional dijo que una persona, más allá de toda limitación física, si quiere colaborar lo hace y el juez preguntó: «¿Sería una excusa que está dando que no es real? ¿Ella podía colaborar?»

La declarante contestó que probablemente se debía a un proceso de victimización y destacó que no había habido una reagudización de la patología de la imputada, tras lo que el juez intervino para preguntar «¿Pero eso no la hace menos responsable de sus actos?», generando una respuesta afirmativa (ver a partir del minuto 13:30).

Luego de un pasaje en el que la profesional explicó, ante una pregunta del fiscal, que la falta de colaboración podía deberse a rasgos y estructuras anormales de personalidad, y luego de indicar que hay personalidades que son reacias a cumplir con determinadas normas sociales, el juez intervino nuevamente. Le explicó a la declarante que en este juicio se investigaba un homicidio en el que intervinieron varias personas con armas, entre ellas las personas que ella entrevistó, y preguntó: «Esta estructura de esta señora, con el hecho **que investigamos**, donde actúan varios armados y disparan entre 30 y 70 centímetros, ¿se compadece con la estructura de la personalidad de ella?» (ver a partir del minuto 19:50).

La declaración de Laura Chacón, el día 9/11/2018, es otro ejemplo sobre cómo la persona encargada de juzgar un hecho **asumió un rol acusador** para controvertir aspectos referidos por la acusada.

Al declarar, Laura Chacón dio precisiones sobre un altercado que anteriormente habían tenido miembros de su familia y la familia de la víctima, sobre el lugar dónde se encontraba el día de la muerte de Nelson Esker, así como del escenario que vio. Luego, el juez le preguntó si ella había tenido algún problema con la pareja o la cuñada de la víctima y, frente a las explicaciones negativas de la acusada –que daban cuenta de la buena relación que tenían– el juez concluyó que la pareja de la víctima «no tenía ningún motivo para estar enojada [...] al contrario, tendría que estar agradecida» (ver a partir del minuto 27).

Avanzada la declaración, el a quo intervino para advertirle a la acusada que: «Su yerno, Rodolfo Peralta, reconoce haber disparado. Su hijo reconoce haber disparado. Pero hay proyectiles de otras armas. Hay más armas, no solamente dos». Y agregó: «Usted dijo que Nelson era muy malo, que le pegaba a la mamá, que ustedes querían resolver las cosas [...] ¿Entonces cómo explica, si usted quería solucionar las cosas hablando pacíficamente y el otro era muy malo [...] que las armas la tenían su hijo, su yerno, y hay otra arma más? Y las personas que usted ha ayudado, porque les ha dado posibilidad de vivir [...] ¿los

involucre? [...] Su hijo y su yerno han reconocido haber disparado ¿Usted cree que hablar y solucionar las cosas se hace como usted lo hace, con gente de su familia que anda armada? [...] Por un golpe, como usted dice, supóngase, yo no voy a preopinar, pero si a mí o a mi mujer viene uno y le pegó una cachetada yo no lo mato; voy a la policía y hago la denuncia, viene el cuerpo médico forense, constata las lesiones y pido una prohibición de acercamiento» (ver a partir de los minutos 30:30 y 39:40).

Otro aspecto irregular en el desenvolvimiento del a quo, en el marco de esta declaración, se vio cuando el a quo le recordó a la acusada que el fiscal le atribuía hacer tropezar a la víctima. Así, la imputada se paró y caminó para demostrar su dificultad y el juez la interpeló diciéndole que el médico forense dijo otra cosa, que su dificultad era progresiva y que al «tiempo del hecho usted no tenía inconvenientes»; para preguntarle luego: «¿Entonces usted dice que el médico se equivocó?» (ver a partir del minuto 41:50). La declaración de Shirley Parodi es otro caso en el que el juez controvirtió la declaración de la acusada con otros elementos incorporados al proceso, entrometiéndose de ese modo en una tarea que no le competía, sino en exclusividad, al órgano encargado de llevar adelante la acusación.

Luego de que la imputada diera su versión de los hechos, el a quo le indicó: «La prueba en su contra es que hay tres armas y hay testigos presenciales que dicen cosas distintas a lo que usted acaba de decir ¿Qué tiene que decir de eso? [...] Hasta ahora usted menciona dos revólveres y los trae la misma persona [...] y otro su cuñado que dispara. Y usted le dispara primero en la rodilla [...] ¿le dio en la rodilla? [...] En el cuerpo hay proyectiles de tres armas distintas [...] usted ahora ha dicho que uno le pegó Brandon y otro su hermano y nos está faltando un arma y un proyectil de esa arma [...] cómo explica eso? [...] El forense habla de tiros en la espalda y en el glúteo, no habla de la rodilla [...] En la espalda [...], zona donde está la mayor parte de los órganos vitales, hay masa de tres armas distintas y las víctimas mencionan otra cosa. De eso tiene que defenderse» (ver a partir del minuto 1:25:00). Luego, en idéntica perspectiva interrogatoria, el juez le indicó a la acusada varios aspectos del hecho que, sucesivamente, fueron negados por la acusada, pero controvertidos por él al señalarle que otra acusada –Laura Chacón, su madre– había dicho lo contrario: «Su madre acá hoy acaba de declarar [...] primero usted es la primera que habla de dos episodios, todos dicen que fue un solo episodio [...] su madre dice “estaba tomando mates con Julieta y siento los tiros, mi hija me ayuda a salir y veo todo el problema [...] su madre dice que salió y que vio [...] y ella dice que está ahí, y usted dice que no [...] Su madre dice que sale antes de que venga la policía [...] y dice que en la esquina estaban Vanesa Oyola, Julieta y Carla. Eso dice su madre [...] Es lo que acaba de decir su madre. Su madre dice haber estado allí y menciona que estaban esas personas» (ver a partir del minuto 1:50:10).

Lo resaltado hasta aquí resulta suficiente, según estimo, para demostrar que el juez interviniente en el debate no se mantuvo alejado ante el objeto procesal investigado y **violó el rol que le compete**, de modo tal que puede afirmarse aquí que ha perdido imparcialidad.

En el caso de las declaraciones de las personas acusadas que se recibieron en el debate, el magistrado de sentencia hizo uso un uso abusivo e irregular de la facultad de preguntar, para, de ese modo, contradecir aspectos del hecho relatado en donde entendió que, o la prueba recolectada, o la declaración de otros acusados, indicaban un hecho distinto (esta metodología también se observó en la declaración de Carla Parodi –ver a partir del minuto 2:33:10 del soporte correspondiente a la audiencia del día 9/11/2018– y, en menor medida, en la declaración de Jonathan Parodi –ver a partir del minuto 46:50 del soporte correspondiente a la audiencia del día 7/11/2018–).

Esto es por demás indebido. La aclaración de dichos confusos, a la que está facultado el tribunal de juicio en virtud del art. 399 del CPP, no tiene como fin buscar la contradicción de lo dicho por los acusados con

otros elementos de prueba. Esto es tarea que le compete exclusivamente al órgano acusador, para, de ese modo, luego alegar sobre el grado de verosimilitud de la hipótesis defensiva.

Si el a quo entendió que la versión de los acusados no se condecían entre sí, ni con los elementos del plexo probatorio, debió tomar nota de ello y valorarlo en el momento de tomar una decisión acerca de la certeza alcanzada en el caso.

Por otro lado, en cada ocasión en la que tomó parte un testigo del hecho o un profesional llamado por las partes a incorporar información, el juez no fue un sujeto pasivo.

Al contrario, en innumerables oportunidades intervino proactivamente para sustanciar la prueba y para generar información acerca del hecho que no fue referida por las personas llamadas a declarar.

Todo lo analizado del debate celebrado en el marco de esta causa me convence de que el juez no fue un tercero en un conflicto de partes que discuten sobre la existencia fáctica de una hipótesis jurídico penal. Fue un participante del conflicto que inclinó la balanza hacia un sentido, alejándose así del rol de espectador que demandan los postulados de un Estado de Derecho.

Aquí, a diferencia del voto que me precede, entiendo que **la sanción de nulidad no puede escindirse dependiendo de las personas involucradas**. Ello no sólo porque el juez se posicionó frente a todo el conflicto penal de una manera reprochable, sino también porque la condena de los acusados Rodolfo Peralta, Jonathan Parodi y Shirley Parodi, se ha basado en declaraciones que fueron mediadas de un comportamiento ilegítimo del juzgador.

Tal como se desprende de sus fundamentos, el a quo ha hallado argumentos para condenar a dichas personas, en sus propias confesiones, en el testimonio de Vanesa Oyola y en las declaraciones de las imputadas Laura Chacón y Carla Parodi (ver soporte audiovisual del día 21/12/2018, a partir del minuto 12).

Estos elementos, tal como lo he señalado, han sido intercedidos de un excesivo activismo por parte del juez y en contra de los imputados, razón por la que no pueden confirmarse las condenas de los acusados Rodolfo Peralta y Jonathan y Shirley Parodi.

b) Acerca del pedido del acusado Rodolfo Peralta a contar con un abogado de confianza

En este apartado me referiré a la crítica mencionada por la defensa oficial en la audiencia in voce celebrada el día 11/11/2019 ante esta Suprema Corte de Justicia, que indica que el juez de sentencia generó un estado de indefensión en el acusado Rodolfo Peralta (ver soporte audiovisual, entre los minutos 19:45 y 35). Las constancias de la causa señalan lo siguiente.

Luego de que el acusado hiciera uso de su derecho a declarar el día 6/11/2018, –que, como se ha analizado en el apartado anterior, se realizó con una intervención abusiva e irregular del juez de sentencia–, Peralta pidió declarar nuevamente (ver soporte audiovisual del día 8/11/2018, a partir del minuto 27:50).

En dicha ocasión, luego de que el defensor técnico del acusado comentara que había sufrido amenazas por parte de familiares de su defendido y que éste, a preguntas del tribunal, negara haber sido también amenazado, Peralta sostuvo que su confesión del día 6 estaba cargada de mentiras y había sido producto de presiones de su abogado.

El a quo le aclaró que no había advertido presiones o amenazas de su asesor para que declarara, razón por la que entendió que sus dichos fueron libres.

Luego, el letrado defensor de Peralta solicitó que se dejara al acusado manifestar si era su deseo seguir contando con la asistencia que proporcionaba, y, frente a tal pedido, el tribunal contestó que no advertía motivos para ello, toda vez que no había observado una conducta o una defensa ineficaz.

La audiencia del día 9/11/2018 inició con la advertencia de la defensa de Peralta, en el sentido de que su defendido deseaba la renuncia de su labor. Cedida la palabra al **acusado, sostuvo que ello era así**, pues entendía que no había sido representado adecuadamente y que había sido «manipulado» para confesar una versión de los hechos que no era cierta.

El juez denegó el pedido, puesto que, según su opinión, se trataba de una **maniobra dilatoria** que respondía a las amenazas denunciadas por la defensa de Peralta.

Además, entendió que la desconfianza a la que aludía el acusado no podía ser tenida en cuenta, toda vez que no advirtió «nada en el debate que muestre que [la defensa había] sido ineficaz» (ver soporte, entre los minutos 00:01 y 12:10).

Más adelante ese día, Peralta pidió declarar nuevamente.

En esta ocasión, de manera previa, su asesor se acercó hasta el banquillo de los acusados y –con el micrófono abierto– mantuvo una conversación con el acusado, en el que éste le recriminó el haberlo obligado a declarar de un modo que no se ajustaba a los hechos y le advirtió que debía decir la verdad, pues en la versión anterior había incriminado a personas que no tuvieron participación en el homicidio de Nelson Esker.

Esta declaración de **Peralta** tuvo las mismas particularidades que la del día 6/11/2018, esto es, una activa intervención del juez para controvertir lo que declaraba con su versión anterior y con la prueba hasta entonces recolectada (ver soporte audiovisual, entre los minutos 45:07 y 1:03:06).

Además, sirvió de marco para que el acusado sostuviera, nuevamente, que **no confiaba en su abogado** y que había pedido su renuncia, toda vez que lo había hecho declarar sobre hechos inciertos, involucrando a otras personas, y puesto que lo había presionado.

El juez desestimó los reclamos del acusado, pues entendió que la labor del letrado que lo representaba había sido eficaz (ver soporte audiovisual, entre los minutos 1:03:06 y 1:17:27).

Lo constatado hasta aquí me convence de que el a quo no justificó adecuadamente las razones por las que resolvió el incidente suscitado entre el acusado Rodolfo Peralta y su abogado defensor.

En este sentido, comparto lo dicho por la defensa oficial en el marco de la audiencia in voce, en el sentido de que no estaba en contradicción la eficacia o ineficacia de la labor de la defensa, sino la **pérdida de confianza del imputado** con su letrado defensor.

Por ello, advierto aquí un motivo más que sustenta la nulidad que propicio.

c) Acerca de la conveniencia de la actuación de tribunales colegiados en casos como el analizado

La celebración del juicio oral es, sin dudas, la etapa más importante de todo proceso en el que se discute la veracidad de un hecho jurídico penalmente relevante y, eventualmente, se distribuyen responsabilidades por tal suceso.

En esta etapa las partes del conflicto cuentan con la mayor cantidad de facultades contradictorias a fin de convencer a quien tomará una decisión definitiva, acerca de la verosimilitud de cada hipótesis sobre el hecho controvertido, y, en este marco, la igualdad de armas y la imparcialidad del juzgador se presentan como garantías esenciales para cumplir con la demanda social de juicios justos.

Según mi opinión, la **composición colegiada de los tribunales** encargados de juzgar las hipótesis que se dirimen en un juicio oral y público, no sólo aumenta las garantías de verdad, sino también las posibilidades materiales de que las garantías de imparcialidad del juzgador e igualdad de armas de las partes sean aseguradas.

En efecto, al contar con mayores voluntades en la composición del órgano juzgador, se crea un marco adecuado para la adopción de una decisión deliberada, en el que los integrantes de dicho órgano puedan oír la opinión de sus pares, adherir a las mismas, o no, dando razones para ello.

Entiendo que la integración de tribunales colegiados puede decidirse teniendo en miras, entre otros aspectos, la calidad de las normas jurídico penales que presenta el caso en conflicto.

En concreto, considero que la decisión de la integración del órgano juzgador puede resolverse en virtud de la distinción entre «**normas constitutivas**» y «**normas accesorias**» —**no constitutivas**—.

Las primeras son indisponibles en razón de ser estipuladas a través de **principios fundacionales del orden social**. Tutelan fundamentalmente bienes que se encuentran identificados con la idea de dignidad humana y que, según la tradición anglosajona, se vulneran por comportamientos mala in se, como la afrenta a la integridad física y psíquica de los individuos, a la vida, a la libertad sexual, etc.

Las **normas accesorias —o no constitutivas—** son contingentes, porque no forman parte del núcleo de la identidad social. Se trata de normas vinculadas, para algunos autores, a la idea de ciudadanía, donde podríamos incluir a los delitos que tienen que ver con la propiedad, con el orden y la salud pública o con la seguridad. Delitos mala quia prohibita, según la tradición anglosajona.

Pues bien, frente a hechos que atenten contra **normas constitutivas**, el juzgamiento mediante juicios orales, públicos y colegiados, garantiza en mayor medida un juicio legitimado para la sociedad, la víctima y el imputado, a través de los beneficios de las decisiones colegiadas.

En este sentido, entiendo que la gravedad del suceso investigado es un indicio de la necesidad de integrar colegiadamente el órgano juzgador.

Los hechos que atenten contra las llamadas **normas accesorias** pueden controvertirse de manera suficiente sin integraciones colegiadas. La existencia de hechos leves funciona como un indicio para ello, salvo que la complejidad probatoria o la oposición de la defensa del acusado exijan una integración colegiada.

Desde esta perspectiva, estimo que el caso bajo examen constituye un supuesto de vulneración de normas constitutivas que demandaba una integración capaz de asegurar la deliberación en la toma de una decisión definitiva por parte de los integrantes del tribunal.

En efecto, el caso enjuiciado fue un homicidio agravado por el uso de armas de fuego, en el que habrían intervenido seis personas que se enfrentan a sanciones de máxima gravedad.

En definitiva, por las consideraciones expuestas, entiendo que el debate celebrado ante el Primer Tribunal Penal Colegiado se encuentra viciado de una nulidad insalvable que, consecuentemente, repercute en la decisión tomada por el a quo y en los fundamentos sobre la que se ha apoyado. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la votación anterior, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón y Jonathan Alberto Parodi Chacón, como así también, de la defensa de Rodolfo Marcelo Peralta Ávila.

En consecuencia, en primer lugar, debe anularse parcialmente la Sentencia N° 433 (fs. 850/851 vta.), y sus fundamentos que obran en soporte audiovisual, sólo en cuanto a la intervención de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón y Carla Elizabeth Parodi Chacón, y remitirse los presentes al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un **nuevo juicio** (art. 486 C.P.P.).

En segundo lugar, corresponde modificar el resolutivo de la sentencia arriba individualizada, en sus puntos “IV, V Y VI”, los que quedarán redactados de la siguiente forma: «IV.- Condenar a Jonathan Alberto Parodi Chacón, como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP); V.- Condenar a Shirley Marlene Parodi Chacón, como coautora penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP); VI.-Condenar a Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 en función con el art. 41 bis del CP)».

En consecuencia, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado. En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley N° 9106, y por ser esta ley posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma. Por último, y de acuerdo a las irregularidades aquí detectadas en la labor llevada a cabo por el magistrado interviniente, estimo que corresponde extraer compulsas de las actuaciones en las que se materializó su intervención y de la presente resolución y remitirse a la Sala Administrativa de esta Suprema Corte de Justicia a sus efectos. ASÍ VOTO.

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

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

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

SENTENCIA:

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

1.- Admitir parcialmente los recursos de casación interpuestos en favor de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón, Shirley Marlene Parodi Chacón, Jonathan Alberto Parodi Chacón y de Rodolfo Marcelo Peralta Ávila. En consecuencia, casar la Sentencia N° 433, obrante a fs. 850/851 vta., modificando el resolutivo, el que quedará redactado de la siguiente forma: «IV.-Condenar a Shirley Marlene Parodi Chacón como coautora penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego previsto y penado por el art. 79 en función con el art. 41 bis del CP, que se le atribuye en la presente causa N° P7240/18; V.-Condenar a Jonathan Alberto Parodi Chacón, como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego previsto y penado por el art. 79 en función con el art. 41 bis del CP, que se le atribuye en la presente causa N° P-7240/18; VI.-Condenar a Rodolfo Marcelo Peralta Ávila, como coautor penalmente responsable del delito de homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego previsto y penado por el art. 79 en función con el art. 41 bis del CP, que se le atribuye en la presente causa N° P-7240/18».

2.- Remitir, en función del resolutivo 1º, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado (art. 486 del C.P.P.). En tal sentido, y resultando la situación análoga a la prevista en el art. 38 de la ley N° 9106, y por ser esta ley

posterior a la ley 6730 –y sus modificaciones– corresponde, en tanto resulte compatible, aplicar el procedimiento previsto en el inc. “b” de la citada norma.

3.- Admitir el recurso de casación interpuesto en favor de Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón, Carla Elizabeth Parodi Chacón. En consecuencia, anular conforme a lo dispuesto en la segunda cuestión, sólo en cuanto a la intervención de las nombradas.

4.- Remitir, en función del resolutivo 3º, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que realice un nuevo juicio en relación a Laura Isabel Chacón Moyano, Julieta Analía Parodi Chacón y Carla Elizabeth Parodi Chacón (art. 486 C.P.P.).

5.- Extraer compulsas de las partes pertinentes de las presentes actuaciones en las que intervino el juez de sentencia y de la presente resolución a fin de que sean remitidas a la Sala Administrativa de ésta Suprema Corte de Justicia a sus efectos.

6.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

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

Capítulo 2. Delitos contra las personas. Lesiones. Abuso de armas.

Capítulo II.

Delitos contra las personas.

Lesiones. Abuso de armas.

CAPITULO II. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Lesiones. Abuso de armas.

1- GONZALEZ. 12-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Par	M	AF	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-1° -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcGAE.pdf

Lex: Arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11°, art 55 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Arts. 4 y 5 de la ley 26.485. Art. 149 ter, inc. 1°, 1° supuesto del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Coacciones agravadas. Arma de Fuego. Valoración probatoria. Principios de la sana crítica racional, la lógica, la experiencia y la psicología. In dubio pro reo. Violencia de género. Concurso real.

Summa:

El TPC N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en sala unipersonal condenó a E.A.G.A. a la pena de **cuatro años de prisión** como autor del delito de lesiones leves dolosas calificadas por haber mantenido relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género y coacciones agravadas por el uso de arma de fuego (arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y 149 bis primer párrafo primer supuesto del Código Penal y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, 149 ter inc. 1° primer supuesto del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria en relación a las lesiones leves dolosas calificadas por relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género. Critica que en el acto sentencial no se hizo lugar a la argumentación defensiva relativa a la falta de acreditación del contexto de violencia de género en base al cual se agravó la calificación. Cuestiona que tampoco se hizo lugar a la postura asumida por la defensa con relación al planteo efectuado en punto a la autoría de su asistido. Se queja de la arbitraria valoración de la prueba respecto a las coacciones agravadas por el uso de arma de fuego. Sostiene que la calificación jurídica impuesta a los hechos investigados—coacciones agravadas por el uso de arma de fuego— resulta errónea.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Refiere que no puede sostenerse que la sentencia contenga vicios en su motivación ni que sea arbitraria o se aparte de la sana crítica racional, por lo que, a su criterio, el planteo defensivo no puede prosperar y aconseja el rechazo del recurso casatorio.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 505, pronunciada por el TPC N° 2 -1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Leiva, María Cecilia.

b-SCJM

- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Mejía, Salvador. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

- Di Césare. 02-01-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210108_FcDCM.pdf
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Fernández Ortega y otros Vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Doctrina citada

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas. 13-08-14.

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

(G.S.)

Fallo:

CUIJ: 13-04801662-0/1((018602-75782)) FC/ G. A. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS (75782) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104881515*

En Mendoza, a los diez días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04801662-0 caratulada "FC/ G. A. E. A./CASACIÓN".

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

A fs. 230/251 vta. la defensa técnica de E.A.G.A. promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 505, obrante a fs. 204 y vta., de fecha 17 de abril de 2.019 y sus fundamentos de fs. 205/210 vta., en tanto condena al nombrado a la pena de cuatro años de prisión como autor del delito de lesiones leves dolosas calificadas por haber mantenido relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género y coacciones agravadas por el uso de arma de fuego (arts. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1 y 11, art. 55 y 149 bis primer párrafo primer supuesto del Código Penal y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, 149 ter inc. 1° primer supuesto del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en sala unipersonal en autos N° P-75.782/18 y P-76.373/18.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en relación a los autos N° P-75782/18, tuvo por acreditado que : «... corresponde considerar como un hecho cierto las circunstancias espacio temporales en las que el Ministerio Público ubica el evento criminal ... es posible afirmar que está acreditado que existió un conflicto entre la víctima y el imputado, interviniendo también su actual pareja, el día 16 de setiembre de 2.018, aproximadamente a las 23,00 horas frente al domicilio sito en».

Por su parte la acusación consistió en que «el día 16 de setiembre de 2.018 siendo aproximadamente las 23.00 hs. frente al domicilio sito en ..., E.A.G.A. comenzó a agredir físicamente a la Sra. G.S.S., ex pareja del mismo, tomándola del cuello, propinándole golpes de puño en la cara y patadas en las piernas. Luego la víctima cayó al piso, donde G.A. continuó golpeándola.

En ese momento la Sra. S. tomó su teléfono celular marca Lenovo color dorado casi blanco, táctil N° de línea ...de la compañía Tuenti y llamó al 911; por lo que el encartado se lo quitó y le pegó con él en el rostro luego le golpeó la mano izquierda con el frente de un estéreo, provocándole excoriación en región frontal izquierda, tumefacción en ala de nariz izquierda, erosión en cara interna de labio superior, equimosis redondeadas negruzcas en número de 1 centímetro en cara anterior de muslo derecho, lesiones que fueron constatadas por personal médico del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico.

En ese momento G.A. le manifestó a la Sra. S. "si vos haces la denuncia te mato, a tu mamá también la mato, vieja puta", infundiéndole temor». En relación al hecho investigado en autos P-76.373/18, el a quo estimó probado que «... la acusación fiscal es correcta y puede afirmarse -con el grado de certeza-, la

participación criminal del imputado en los hechos imputados». En este sentido la acusación sostuvo que «... el día 16 de septiembre de 2.018 a las 23.30 horas aproximadamente, a tres casas del domicilio ubicado en ..., E.A.G.A. al ver que la víctima María Celeste Lara estaba con el teléfono en la mano llamando al 911 le manifestó “vos flaca culiada no te prestes para batir la cana porque tengo esto para vos” extrayendo de su cintura un arma de fuego color gris oscuro con tambor, exhibiéndosela y al tiempo que la apuntaba hacia su cara agregó “ más vale que no caiga la gorra a mi casa porque se va a pudrir todo, me escuchaste, me escuchaste, me escuchaste”, infundiéndole temor a la víctima». Para así decidir el juez de sentencia valoró: testimoniales de T. L.; M. C.; M.L.L.; G.S.S.; M.J.C.; R.L.D. como también el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados.

2.- Recurso de casación

La defensa de E.A.G.A. formula recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Se agravia de la valoración de la prueba en relación a las lesiones leves dolosas calificadas por relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género. Critica que en el acto sentencial no se hizo lugar a la argumentación defensiva relativa a la falta de acreditación del contexto de violencia de género en base al cual se agravó la calificación. Cuestiona que tampoco se hizo lugar a la postura asumida por la defensa en relación al planteo efectuado en punto a la autoría de su asistido. Se queja de la arbitraria valoración de la prueba respecto a las coacciones agravadas por el uso de arma de fuego. Sostiene que la calificación jurídica impuesta a los hechos investigados en autos P76.373/18 –coacciones agravadas por el uso de arma de fuego– resulta errónea en relación a la aplicación de la ley sustancial.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 260/262 se expide el Procurador General. Luego de examinar los agravios promovidos refiere que el recurrente pretende una revisión ex novo de lo ya tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa, no logrando la sola reiteración de la posición defensiva romper el cuadro probatorio e indiciario reunido y evaluado en la sentencia. Considera que la sentencia luce fundada y que el juzgador contó con elementos necesarios para lograr la certeza requerida para condenar al imputado.

Entiende que el juez, acertadamente, asigna valor al primer relato de G.S.S. explicando los motivos de su decisión. Señala que el a quo, en torno a la autoría de G.A., consideró que existieron aportes comunes en base a un acuerdo espontáneo y con el dominio funcional de la situación por lo que fue posible atribuir el resultado al imputado.

En relación a los hechos investigados en autos P-76.373/18 el Procurador General entiende que también la defensa ha discrepado con el razonamiento efectuado por el sentenciante. No obstante considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada de acuerdo al valor convictivo otorgado por el juzgador a las pruebas reunidas. Señala así que éste expuso los motivos por los que consideró la declaración de C.L. como sincera, verosímil y circunstanciada.

Entiende que la circunstancia de que el arma no haya sido hallada no debilita la declaración de la víctima. Considera que, en definitiva, los agravios reflejan la disconformidad del quejoso en el legítimo ejercicio de su cargo con la interpretación dada al plexo probatorio por el sentenciante.

Refiere que no puede sostenerse que la sentencia contenga vicios en su motivación ni que sea arbitraria o se aparte de la sana crítica racional, por lo que, a su criterio, el planteo defensivo no puede prosperar y aconseja el rechazo del recurso casatorio.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial puesto en crisis adelanto opinión en el sentido de que aquél debe ser rechazado en tanto no se verifican los vicios referidos por el recurrente. A los fines de una mejor exposición y resolución del recurso promovido resulta pertinente analizar cada causa por separado y contestar los respectivos agravios.

Autos N° P- 75.782/18.

a. En primer lugar he de tratar los hechos investigados en autos P- 75.782/18, ocurridos en fecha 16 de septiembre de 2018 aproximadamente a las 23.00 hs., calificados como lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples en contexto de violencia de género.

De acuerdo a lo que seguidamente se explicará, no puede tener acogida favorable la crítica que postula el agravio relativo a la autoría por parte de E.A.G.A.. Al respecto cabe recordar que al momento de fijar los hechos el juez no sólo se basó en las declaraciones de C.L. sino que consideró que el relato inicial de G.S.S era el que se ajustaba a la verdad de los hechos investigados. Ello en tanto ésta, al narrar el hecho investigado, sostuvo que los golpes fueron proferidos por el ahora condenado y también por la novia de éste quien no aparece individualizada en la causa.

Asimismo se advierte que el a quo dio tratamiento al argumento de la defensa al respecto, señalando – en posición que comparto– que existió por parte de G.A. y la agresora no identificada una suerte de aportes comunes basados en un acuerdo espontáneo, motivo por el que resulta posible atribuir a E.A.G.A. el resultado de esa actuación conjunta. Por lo expuesto, este agravio debe ser desestimado puesto que la autoría de E.A.G.A. en la producción de las lesiones constatadas en G.S.S surge suficientemente acreditada.

Por otra parte, refiere el recurrente que no se ha acreditado el contexto de violencia de género.

Añade que tal argumento fue expuesto por su parte al momento de alegar y critica los elementos valorados por el a quo para establecer el contexto que amerita la agravante. Considera en este sentido que el sentenciante ha presupuesto la existencia de una relación desigual por el solo hecho de ser pareja, y confundió la violencia física -legislada por la ley 26.485- que es consecuencia de la violencia de género. Critica también la ponderación efectuada en relación a las testimoniales de T. y C.L. y sostiene que no hay prueba directa del contexto de violencia de género.

A su vez y respecto de la prueba indiciaria, señala que ha sido erróneamente ponderada puesto que la labor de valoración se llevó a cabo aisladamente y, por ello, los indicios no son unívocos sino anfibológicos. Se queja también de la interpretación de la testimonial de G.S.S quien varió la versión expuesta en el debate. Formula referencia a la testimonial de C.L., quien señaló de forma errada el lugar de las heridas en la cabeza de G.S.S.

También destaca la mención a la diferencia entre las heridas que dijo recibir la denunciante y las individualizadas por el órgano técnico afirmando que en este punto la interpretación es direccionada y arbitraria (ver fs. 241 tercer párrafo).

Reafirma la pretensión de que las lesiones constatadas fueron producto de la pelea callejera que S. tuvo con la novia de G.A..

Critica además la valoración de los dichos del sobrino de G.S.S, quien no declaró en el proceso y sus manifestaciones se evaluaron a través de los dichos de su madre –C. L.–. Señala además que T.L., refirió lesiones en la sien izquierda de G.S.S, pero no lesiones en la cara como dice el juez.

Cuestiona la ponderación de la testimonial de G.S.S y pone de resalto el sentimiento que le generó ver a E. con otra mujer.

Entiende que no se encuentra fundado el motivo por el cual se dio preponderancia a la versión de la denuncia. Se queja de que se haya descartado y relegado las testimoniales de R.C., M.J.C. y R.L.D.; en este punto refiere que el juzgador ha dado un tratamiento parcial a los testigos.

Señala que R.D. en el debate sí mencionó a T. -hijo de C.L.- por lo que la descalificación efectuada por el juez fundado en ese motivo no resulta fundada. Conforme adelanté las críticas expuestas no pueden tener acogida favorable.

Como señala el Procurador General, en el recurso planteado se reiteran cuestiones ya tratadas en el debate, sin que la sola reedición de planteos de la postura defensiva baste para minar el cuadro probatorio e indiciario del que se sirvió el a quo al momento de dictar sentencia.

En este sentido advierto que el juez de sentencia, al dar tratamiento a la causa P75.782/18, refirió que «la valoración de la prueba en la presente causa tiene íntima relación con las particularidades que se generan alrededor de una relación de pareja en la que uno ejerce una preponderancia o poder sobre la otra, esto es violencia de género» (ver fs. 207).

Seguidamente estableció una regla de valoración y explicó que, por ello, discrepaba con la postura de la defensa, puesto que carecía de esa especial forma de ponderar la prueba.

Explico así que la desigual relación de poder la consideró acreditada, en primer lugar por las diferencias físicas advertidas –refiere las contexturas del imputado y la denunciante–. Sin embargo y, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, no sólo es éste el parámetro escogido por el juez para explicar la desigualdad.

Por ello, y en segundo lugar, el a quo valoró el cambio radical de la declaración de G.S.S. En este sentido es que entiendo que el juez ha ponderado correctamente la declaración de G.S.S vertida en el debate, asignándole preeminencia a sus dichos iniciales.

A esta conclusión llegó luego de valorar aquellas declaraciones junto a los demás elementos probatorios debidamente incorporados y consideró, que el sentido desincriminante de la versión brindada en el debate por la víctima, se debía al fenómeno que se conoce como «retractación».

Advierto al respecto que el juzgador acierta al considerar el cambio de versión de la denunciante como un aspecto central del ciclo de violencia de género y en este sentido es que la posterior versión prestada por la víctima en el debate ha sido correctamente valorada.

Así, también debe resaltarse que la versión inicial cuenta con elementos periféricos que la corroboran; así el examen físico practicado a G.S.S (fs. 24), las manifestaciones de la Lic. Lemos en audiencia de debate, a quien la denunciante le brindó una versión concordante con la denunciada; y, las manifestaciones de C.L., a cuya valoración he de referirme más adelante.

Por otra parte entiendo que el juez valoró adecuadamente los elementos indiciarios para probar el contexto de género, en particular las manifestaciones de la Lic. María Laura Lemos en el debate (quien llevó a cabo el informe del EPI), como también las constancias del CEO y los dichos de T. L. –madre de G.S.S–.

En relación a las manifestaciones de ésta última debe destacarse que en audiencia de debate (particularmente del día 4/4/19, ver a partir del minuto 5:01) señaló que, ante preguntas que ella le hacía a su hija referidas a su relación de pareja con G.A., ésta negaba tener problemas. Agregó que el motivo de su requerimiento era que la veía triste, rara.

En abono a tales argumentos es posible referir la testimonial prestada por la Lic. Lemos en el debate (ver audiencia del día 4/4/19 a partir del minuto 35) quien narró los hechos referidos por G.S.S y señaló que detectó no sólo violencia física sino también psicológica en la denunciante y que ésta última era crónica. Al ser preguntada por el representante del ministerio público fiscal refirió que era posible encontrar en aquella el fenómeno de retractación. Añadió que G.S.S tenía percepción de peligro de muerte (minuto 11:58).

De tal manera, y en base a la valoración de los medios convictivos aportados a la causa, el juez fundó debidamente la contextualización del hecho investigado como un fenómeno de violencia de género.

En este sentido, acertadamente, refirió el ciclo que se atraviesa relativo al distanciamiento del dolor y los caracteres de la mujer víctima (ver fs. 208).

Así es que entiendo que el juez de grado ha analizado los hechos investigados a la luz de los parámetros establecidos por la ley 26.485 y los lineamientos seguidos por esta Sala en los precedentes en los que me ha tocado intervenir (ver al respecto, “**Ojeda Pérez**”) y a cuyas consideraciones corresponde remitirse. No comparto las apreciaciones del recurrente en relación al demérito que pretende de la testimonial de C.L.. De la reproducción audiovisual de la audiencia de fecha 3 de abril de 2.019, se advierte que la declaración referida, en lo esencial concordó en la versión prestada en la investigación penal preparatoria y, si bien es cierto que no resultaba testigo directo de lo ocurrido, su testimonio adquiere valor puesto que da cuenta de la primera versión dada por su hermana –que coincide con lo denunciado– y explica que su hijo de once años de edad le narró los hechos de la misma manera.

Es en este sentido que el relato de C. L. logra aportar elementos de convicción que dotan de certeza a la hipótesis de la acusación en relación a la producción de las lesiones que se le atribuyen al imputado.

Nótese que el sentenciante admitió que el testimonio de oídas no resultaba prueba directa, más sí indicios que refuerzan la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado considero plausible la explicación dada por el juez al momento de descartar el argumento defensivo en torno a las divergencias de lesiones constatadas por el órgano técnico y aquellas que S. dijo haber recibido.

En esta línea entiendo que la pretendida diferencia entre señalar una lesión en la sien, o genéricamente en la cara, no tiene la relevancia que la defensa pretende otorgarle y no logra menoscabar los fundamentos de la sentencia, ni la valoración de las testimoniales en base a las cuales se obtuvo la certeza. Comparto también la posición asumida por el juez de sentencia en relación a la calificación asignada a las testimoniales de los testigos de descargo.

En este sentido advierto que el demérito atribuido no respondió tan sólo a la relación de los testigos con el imputado, sino que obedeció a las diferencias sobre hechos y circunstancias relevantes que rodearon al hecho investigado, así en relación a la presencia del vehículo en que se movilizaba la víctima como también la presencia del sobrino de G.S.S (fs. 208).

Por otro lado considero que no existe la divergencia pretendida por la defensa entre los golpes que G.S.S dijo haber recibido y las lesiones constatadas por el profesional del Cuerpo Médico Forense.

Al respecto advierto que aquella describió que la golpearon en la boca, en las piernas, en la espalda y en la cara (ver fs. 2); en tanto que el médico que la revisó ese mismo día describió excoriación en región frontal izquierda, tumefacción en ala izquierda de la nariz; erosión en cara interna de labio superior (esto es lesiones en el rostro) y equimosis en cara anterior de muslo derecho (piernas).

De tal manera las diferencias que destaca el recurrente no son tales, ni tienen carácter dirimente, como para ser acogida la crítica en este sentido.

Por lo expuesto y al no verificarse los agravios promovidos por el recurrente es que los cuestionamientos planteados en relación a los hechos investigados en este expediente deben ser rechazados.

Entiendo que, contrariamente a lo que afirma el recurrente, la valoración de los elementos de prueba llevada a cabo en la sentencia puesta en crisis resulta adecuada y respetuosa de los principios de la sana crítica racional, la lógica, la experiencia y la psicología, como también los postulados de la ley 26.485.

Autos N° P-76.373/18.

b. En relación a los hechos investigados en autos N° P-76.373/18, el recurrente formula vicios formales y sustantivos.

Por un lado critica la valoración de los elementos de prueba y, por otro, promueve la errónea calificación de los hechos que se consideraron como coacción agravada por el uso de arma de fuego.

Esto último toda vez que no pudo encontrarse el arma de fuego referida por la denunciante y el anuncio intimidatorio no logró atemorizar a la víctima.

En relación a la ponderación de los elementos convictivos contrariamente a lo que sostiene el recurrente, los hechos fijados por el juez no se sustentan sólo en los dichos de C. L..

En este sentido debe destacarse que las manifestaciones de ésta última se mantuvieron constantes durante el proceso dando sustento a la versión de G.S.S al momento de formular denuncia.

Anteriormente me expedí sobre el acierto del a quo al momento de otorgar preeminencia a las declaraciones de S. prestadas en el momento inicial por sobre las del debate al verificarse el fenómeno de retractación.

Entiendo que aquellas consideraciones deben hacerse extensivas al análisis en curso. Conforme a lo señalado debe destacarse que, los dichos de C. L. y de G.S.S son coincidentes al afirmar que E.A.G.A. extrajo de entre sus prendas un arma de fuego, al tiempo que le anunciaba que la mataría si daba aviso a la policía en relación al hecho sufrido por su hermana – G.S.S–. De tal manera y toda vez que la plataforma fáctica fue correctamente fijada por el a quo en función de la debida ponderación de los elementos de prueba, es que entiendo que la calificación asignada a aquel ha sido la correcta, en tanto que la argumentación de la defensa radica en sostener la inexistencia del arma de fuego y la ausencia de temor en la denunciante para fundar su crítica.

De lo analizado y en forma coincidente con el criterio sostenido por el Procurador General, considero que el planteo recursivo no resulta más que la disconformidad del recurrente en la interpretación que el sentenciante asignó a los medios de prueba, disenso que encuentra base en el ejercicio del cargo que ostenta, sin que las críticas logren conmover los fundamentos del acto sentencial puesto en crisis.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, corresponde rechazar el recurso casatorio promovido.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Puesto a resolver la primera cuestión propuesta al acuerdo en la presente causa, debo referir que comparto la solución que propicia mi colega preopinante. En lo referente a las consideraciones sobre valoración probatoria con perspectiva de género, me remito -en lo pertinente- a lo oportunamente señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di Césare»**.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de E.A.G.A..

En especial, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

En este sentido, debo mencionar que en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»** señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima en razón de su género.

Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (**ver Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos **(ver «Concha, Jesús y ots.»)**.

Expresé en el precedente señalado que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación **(Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)**».

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática.

Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente la retracción en el relato de la víctima al declarar en audiencia de debate, tal como lo justificó el sentenciante.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios, omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima.

ASÍ VOTO.

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

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido por la defensa de E.A.G.A..

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal formulada.

4. - Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

2- JOSÉ. 12-03-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=17>

Lex: Art. 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP. Art. 16 y 31 Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas. Testimonio de la víctima. Vínculo. Violencia de género.

Summa:

El **Segundo Juzgado Correccional** de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión de ejecución condicional** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo, previsto y penado por el artículo 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP.

La **defensa técnica** de J. M. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2658 y sus fundamentos.

El señor **Procurador General** entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto.

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 2658, pronunciada por el Segundo Juzgado Correccional - 3° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Garay.

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04298195-2/1((031202-34707))

FC/ J. A. A. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR EL VINCULO (34707) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104371654*

En Mendoza, a los doce días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04298195-2/1, caratulada “F. c/ J. , A. A. p/ lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. J. V. Valerio; segundo, Dr. Mario D. Adaro; y tercero, Dr. Dalmiro Garay Cueli.

La defensa técnica de J. M. interpone recurso de casación (fs. 145/150) contra la Sentencia N° 2658 (fs. 129/130) y sus fundamentos, mediante la cual el Segundo Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial resolvió “condenar a A. A. J. M. (...) a la pena de seis (06) meses de prisión de ejecución condicional; por resultar autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo, previsto y penado por el artículo 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP” (f. 129 vta.).

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. J. V. Valerio dijo:

I.- Sentencia recurrida

El magistrado interviniente entendió que “el día 01 de abril de 2016, siendo las 20.30 horas aproximadamente, oportunidad en que la víctima . F. M. M. concurrió al domicilio sito en calle ..., Mendoza, a retirar a sus hijas, su ex pareja A. A. J. , luego de gritarle e insultarla, tomó a la víctima de ambos brazos y la apretó fuertemente, lo que le provocó: hematoma importante en ambos bíceps, con un tiempo probable de curación e incapacidad laboral de cinco (5) días, según informe del médico de Sanidad Policial” (fs. 135 vta./136).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró la declaración de la víctima, la declaración del imputado, la declaración del ..., el informe médico confeccionado por el ..., el examen psiquiátrico practicado a la víctima y la demás prueba instrumental incorporada válidamente al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de J. M. entiende que la resolución atacada padece vicios in procedendo y postula que sus fundamentos “no respetan el principio de razón suficiente”, en tanto del “análisis del plexo probatorio surge claramente que existe una duda insuperable en relación a cómo ocurrieron los hechos investigados” (fs. 147).

Para argumentar sobre este punto, el recurrente pone en tela de juicio tanto el valor de la declaración de la víctima, la cual no sería lo suficientemente sólida como para ser tomada en serio por el a quo, como la

declaración de su defendido, la que, a la inversa, sería decisiva para alcanzar una imagen verdadera de los hechos.

A su vez, se rechaza la ponderación de los exámenes físico y psíquico realizados a la víctima, al mismo tiempo que pone de relieve que no se habría considerado debidamente la versión brindada por el acusado al momento de realizar su descargo.

El recurrente también problematiza los testimonios de las hijas menores de la víctima en el marco de los autos N° 63457/15.

Por último, si bien no se cuestiona la existencia de los hematomas que prueba el examen médico realizado a la víctima en Sanidad Policial, sí se especula sobre quién sería responsable por ellos, dejando ver que no se habría descartado completamente que se tratase de una lesión autoinflingida como “una simple venganza de la denunciante que ha utilizado los engranajes jurídicos a sabiendas de lo efectivo que son en estos tiempos”.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 160/162). Así considera que, en la sentencia recurrida “no quedan dudas que el hecho denunciado existió materialmente y que el autor fue el imputado, por todos los indicios recabados, informes, testimonio indirecto y directo de quien fue víctima al que el tribunal otorga plena credibilidad”, “credibilidad [que] no puede ser examinada en esta etapa procesal porque está reservada al Juez por el principio de inmediación” (fs. 161 vta.).

En esta línea, se aprecia que “la reedición de los dichos del imputado que ya han sido refutados por el Juez en la sentencia, no tiene ninguna relevancia, ya que la prueba objetiva colectada corrobora la denuncia y el testimonio de la denunciante en el debate sin hesitación” (fs. 160 vta.).

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

Comparto el criterio del señor Procurador en cuanto pone de relieve que la defensa pretende una nueva revisión, sin aportar argumentos que desvirtúen la sentencia como acto jurisdiccional válido. Es que, ya en una primera lectura puede advertirse que la estrategia defensiva se limita a reiterar su posición frente al cuadro probatorio e indiciario discutido en la instancia del debate oral.

Pero, no sólo es inequívoco el cuadro indiciario construido con base en la prueba válidamente incorporada al proceso, sino que, además, la versión del acusado no es verosímil en tanto no se encuentra respaldada en prueba alguna más que sus dichos.

Por el contrario, la versión de la acusación tendente a acreditar la autoría de J. M. en relación con el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo está firmemente apuntalado en el testimonio de la víctima, su articulación con la declaración en sede policial, lo manifestado por una de las niñas en el expediente que tramita ante la Justicia de familia y el examen médico que da cuenta del menoscabo físico experimentado por la denunciante. Todo ello, corroborado por la impresión de su testimonio brindado en el debate y los informes psíquicos, lo cual demuestra con el grado de convicción exigido por esta instancia la verosimilitud de la hipótesis acusatoria.

En relación con la valoración de la prueba como premisa mayor del a quo y la lógica interna de su razonamiento, asumo la puntualización de la prueba y su sentido incriminatorio apreciado por el magistrado interviniente y reproducido en el dictamen del señor Procurador, quien realiza un análisis pormenorizado de cada uno de los argumentos brindados por el recurrente en orden a solicitar la aplicación del **principio in dubio pro reo**. Estos argumentos son parte de un planteo que propone fragmentar el cuadro indiciario completo alcanzado por el juez a favor de una valoración individual de las pruebas, las cuales por separado generan una apariencia desincriminatoria.

En lo que respecta a cada uno de los elementos de prueba entiendo que los mismos han sido valorados lógicamente en orden a alcanzar una sentencia condenatoria en tanto acto jurisdiccional válido:

a) Testimonio de la víctima: fue calificado como creíble coherente, verosímil, y persistente en el tiempo.

En efecto, la sentencia descarta toda posibilidad de fabulación y mentira tomando como base el examen psicológico practicado a . F. M. , al mismo tiempo que pone de relieve la gestualidad y las emociones propias de la evocación de los momentos críticos vividos. Elementos que forman parte del juicio de credibilidad del testimonio y que no han podido ser desvirtuados por el quejoso.

b) Declaración del acusado: el tribunal descartó válidamente los elementos de convicción aportados por la defensa para privilegiar su versión de los hechos –únicamente basado en sus dichos–, a favor de la hipótesis brindada por la víctima –basada en diversas pruebas–. En este orden de ideas cabe agregar que la omisión del examen psíquico del imputado no resulta contundente, en tanto, el mismo no es un elemento que conduzca necesariamente a la inexistencia del hecho o la imposibilidad de atribuirlo a A. J.

c) Certificado médico policial de las lesiones: fue de importancia fundamental para acreditar los dichos de la denunciante sobre cómo le fueron provocadas las lesiones y su existencia. Todo ello, en perfecta armonía con la versión brindada por la víctima al momento de interponer la correspondiente denuncia policial.

d) Testimonios de las hijas del matrimonio, uno a favor de la madre y otro a favor del padre: coincido con lo expresado en el dictamen del señor Procurador cuando afirma que aquel testimonio está dando cuenta de un hecho objetivo de la realidad, mientras que el testimonio de la otra menor, solo expresa una creencia sin apoyo en alguna otra circunstancia observada.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el Dr. Dalmiro Garay Cueli adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro dijo, en voto ampliatorio:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J. A. A. .

No obstante, encuentro oportuno y necesario abordar las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de determinar posibles responsabilidades penales respecto de hechos que hayan tenido lugar en un **contexto de violencia de género**; y, en ese orden, analizar los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, a la que los operadores del Derecho deberán adaptarse a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de

este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme vengo señalando en pronunciamientos anteriores, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una **visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima**.

A nivel nacional la **Ley 26.485** (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el **art. 16** de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el **art. 31** conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (in re **“Galdeano Reyes, Juan J.”**, autos **N°13-04202269-6/1**).

Expresamente en aquella oportunidad referí que: “...no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género”.

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este sentido, in re **“Ontiveros Arancibia”** sostuve que “...que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales”(exp. N° **13-03899178-1/1**, **“F c/ Ontiveros Arancibia p/ homicidio agravado”**).

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional,

construyendo a partir de todos los indicios recaudados en la investigación y reproducidos en audiencia oral, la convicción que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

De esta manera, la jueza a quo valoró las declaraciones de . F. con la necesaria perspectiva de género que el caso sub examine requería, tomando especial consideración no sólo en el relato de los hechos brindados por la víctima, el que se mantuvo inalterable en lo sustancial a lo largo del proceso, sino principalmente los elementos objetivos que corroboran los extremos de la imputación.

Así, no sólo el examen físico se condice con las lesiones descritas por . F. , sino también, el examen psiquiátrico realizado a la víctima por el Cuerpo Médico Forense, de donde se desprende en lo pertinente, que presenta "...sentimientos de decepción, desprotección e inseguridad ante la conflictiva relación con su ex pareja", como así también que "...el maltrato de su ex pareja es de larga data..." (v. examen psiquiátrico de fs. 23).

Es por ello, que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima y, con prescindencia de tales elementos, construyó los agravios en torno a la falta de credibilidad del relato de la víctima.

De esta manera, y a partir de las observaciones formuladas al caso analizado, estimo que a lo largo de la investigación los distintos operadores del derecho cumplieron adecuadamente con los compromisos asumidos por el Estado argentino en orden a investigar los hechos que implican vulneración a derechos humanos y castigar a su responsable a través de una sentencia justa y con la necesaria perspectiva de género.

ASI VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. J. V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Dalmiro Garay Cueli adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. J. V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los ... y ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Dalmiro Garay Cueli adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 145/150, por la defensa del encausado A. A. J. .
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

3- BIANCHI CIACERA. 28-03-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190328_FcBCL.pdf

Lex: Art. 90, 76 Bis del CP

Vox: SJP. Lesiones. Rechazo de suspensión de juicio a prueba. Incidente de Nulidad.

Summa:

La **Excma. Sexta Cámara del Crimen** rechazó la tramitación de la suspensión del juicio a prueba y del incidente de nulidad planteados por la defensa.

La **defensa técnica** de B. C. impugna la decisión por considerar que adolece de vicios in iudicando e in procedendo, previstos por el art. 474 del CPP.

Con relación a los primeros considera que el defensor, a los términos del art. 76 bis del Código Penal, siempre actúa en nombre y representación del imputado y que la suspensión del juicio a prueba procede en delitos como el investigado en autos.

El señor **Procurador General** entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto, en la etapa formal, en tanto importa el desconocimiento de una norma legal y se basa en doctrina adversa a otra ya consolidada por el Tribunal en relación al carácter personal de la petición de suspensión del juicio a prueba

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso formulado en autos, anular el resolutive segundo del auto cuestionado, remitiendo las actuaciones a la OGAP en turno a efectos de que practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá dar tratamiento a la petición de suspensión del juicio a prueba conforme a derecho (art. 486 del CPP).

Resolución cuestionada: *Rechazo por la Excma. Sexta Cámara del Crimen a la tramitación de la suspensión del juicio a prueba y del incidente de nulidad planteados por la defensa -1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Linares Borobio. L.S. 335-092.
- Lecek Petrena. L.S. 335-230
- Barré Crespo.
- Silva, Hugo Alberto. LS. 397:110.
- Lupari Quiroga. L.S. 552:103.
- Lucero Gómez. L.S. 373:173.
- Funes Guerra. L.S. 377:190.
- Godoy.

Doctrina citada:

BOVINO, A., LOPARDO, M. Y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Editores del Puerto, 2013, pp. 225- 226.

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04254920-1() F. C/ B. C. L. P/ LESIONES GRAVES DOLOSAS (34526) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104325978*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04254920-1 caratulada “F. C/ B. C., L. P/ LESIONES GRAVES DOLOSAS S/ CASACIÓN”.

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

A fs. 105/109 la defensa de L. B. C. interpone recurso extraordinario de casación contra la resolución dictada por la Sexta Cámara del Crimen (fs. 100/101) que rechazó los planteos de nulidad y suspensión del juicio a prueba formulados previamente (fs. 93/95).

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Resolución recurrida

La decisión cuestionada, en lo que aquí interesa, desestimó el pedido de nulidad de los informes médicos efectuados por el Cuerpo Médico Forense y la División Sanidad Policial por considerar, por un lado, que la defensa confundió la naturaleza de los exámenes médicos practicados sobre la víctima, que no revisten la calidad de “pericia” a los términos del art. 224 y cc. del CPP. Por otra parte, sostuvo que la defensa tuvo una activa participación durante la investigación penal preparatoria, lo que permitió el ejercicio de un efectivo control sobre todo el plexo probatorio y la producción de nueva prueba, de haberlo considerado pertinente y útil.

A estos argumentos, agregó que nuestro sistema penal contiene una conminación taxativa de nulidades absolutas, motivo por el cual la verificación de la existencia de una de ellas surge de una simple constatación respecto de la forma en la que se llevó a cabo el acto. Por lo tanto, rechazó el planteo de nulidad promovido.

En relación a la solicitud de suspensión del juicio a prueba efectuada, consideró que –en tanto su aplicación importa restricciones a derechos propios– el consentimiento del imputado se torna ineludible. Por ello, y dado que el imputado L. B. C. no suscribió la petición, resolvió no dar trámite a la misma.

2.- Recurso de casación

La defensa técnica de B. C. impugna la decisión por considerar que adolece de vicios in iudicando e in procedendo, previstos por el art. 474 del CPP. En relación a los primeros considera que el defensor, a los términos del art. 76 bis del Código Penal, siempre actúa en nombre y representación del imputado y que la suspensión del juicio a prueba procede en delitos como el investigado en autos. En cuanto a los vicios in procedendo, sostiene que la resolución de la Sexta Cámara del Crimen aplicó erróneamente, los arts. 76 bis del CP, y 30, 206 y 244 del CPP.

En primer lugar, porque la regulación de la suspensión del juicio a prueba en la legislación procesal faculta al imputado para solicitar ese beneficio, mas no le impone obligación alguna de carácter complementario a la petición de su defensor. A modo de ejemplo refiere que, de manera análoga, el art. 478 del CPP permite la impugnación mediante recurso de casación, el art. 46 la oposición al ejercicio unipersonal de la jurisdicción, los arts. 232 y 330 la potestad de requerir el levantamiento del secreto de la identidad, el art. 345 la solicitud de control jurisdiccional, todos ellos sin la rúbrica del imputado.

A su entender, una interpretación armónica de las reglas procesales debería conducir a no requerir que el acusado solicite personalmente la suspensión del juicio a prueba. Sin perjuicio de ello, considera que el a quo, de no compartir esa posición, debió haber citado a B. C. para que ratificara la petición efectuada por su defensor, tal como lo solicitó el representante fiscal.

En cuanto a los vicios en la interpretación y aplicación de los arts. 206 y 244 del CPP, refiere el recurrente que nuestra norma procesal no caracteriza a los informes técnicos como medios de prueba, aunque podrían ser considerados de igual naturaleza jurídica.

Sostiene que no constituyen una prueba en sí misma, sino una forma de documentar pruebas, por lo que deberían recibir el mismo tratamiento que la prueba pericial y ser notificados a la defensa.

Agrega que, en el caso, los informes se practicaron de manera previa a la imputación y que el ejercicio de control al que alude el a quo se realiza mediante el planteo de nulidad que nos ocupa. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiere, el titular del Ministerio Público Fiscal consideró que el recurso debe ser rechazado en la etapa formal, en tanto importa el desconocimiento de una norma legal y se basa en doctrina adversa a otra ya consolidada por el Tribunal en relación al carácter personal de la petición de suspensión del juicio a prueba.

4.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación planteado por la defensa de L. B. C..

a. A efectos de alcanzar una decisión debidamente razonada, corresponde señalar que en los presentes autos la Sexta Cámara del Crimen rechazó la tramitación de la suspensión del juicio a prueba y del incidente de nulidad planteados por la defensa, a raíz de lo cual la defensa formuló recurso de queja, que fue admitido parcialmente por este Tribunal.

En efecto, a fs. 125/126 obra resolución en la que se hizo lugar a la queja solamente en relación a la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba peticionada, en tanto al respecto el pronunciamiento cuestionado reúne los recaudos de impugnabilidad objetiva exigidos por el art. 475 del C.P.P.

Asimismo debe destacarse que en el recurso de casación articulado se han observado los requisitos de impugnabilidad subjetiva, en razón de ser deducido por la defensa técnica del imputado, conforme las previsiones del art. 478, inc. 3 del C.P.P. –Ley 6.730 y sus modif.– y el sentido expuesto por este Tribunal en el precedente “**Linares Borobio**” –L.S. 335-092–.

b. Respecto del planteo relativo al fundamento de la decisión del a quo de denegar el trámite de la suspensión del juicio a prueba solicitada, cabe adelantar que el motivo de agravio esgrimido por la defensa no puede tener acogida favorable en esta instancia, sin perjuicio de que – por los motivos que serán señalados– corresponde la anulación parcial de la resolución.

Respecto del agravio central esgrimido por la defensa –esto es, que la petición de suspensión del juicio a prueba no debe ser suscripta por el imputado– este Tribunal ya se ha expedido con anterioridad de forma contraria a la propuesta por la defensa.

En efecto, se ha considerado que es el imputado quien debe solicitar la suspensión del juicio a prueba y que su voluntad no puede ser suplida por la presentación de un escrito por parte de su abogado defensor. Esta petición ha de ser personal, sin perjuicio de que sea asistido por su letrado patrocinante. Ello en razón de que «[l]as condiciones tanto objetivas como subjetivas del instituto, involucran directa y personalmente al imputado, lo que justifica la exigencia de la petición personal del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

El imputado se convierte en sujeto del proceso, y su posición queda garantizada, cuando el pedido de suspensión es personalmente formulado, dado que es él quién habrá de cumplir con los recaudos y exigencias, que el mismo código sustantivo prevé» (conf. “**Lecek Petrena**”, autos N° 78.791, L.S. 335-230). En efecto, la suspensión del juicio a prueba «[...] implica la renuncia expresa a derechos fundamentales de aquél a quien se aplica, representados sintéticamente por su derecho al juicio -juicio previo, inocencia- y, dentro de él, por su derecho a resistir la imputación -defensa-, razón por la cual se torna imprescindible su decisión voluntaria. [...] Se trata de un acto personalísimo vinculado al derecho irrenunciable decidir si se suspende el proceso o si se ejerce el derecho al juicio previo garantizado en la CN (art. 18)» (**BOVINO, A., LOPARDO, M. Y ROVATTI, P.**, Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Editores del Puerto, 2013, pp. 225- 226).

En base a tales motivos, el agravio fundado en la exclusión del consentimiento expreso del acusado debe ser rechazado. Ello en forma alguna importa descartar el ejercicio de la actuación en representación del imputado a lo largo del proceso penal por parte de la defensa, sino rodear de mayores exigencias a aquéllas que implican la renuncia a facultades fundamentales.

Este criterio ha sido seguido por la norma procesal -tal como se encuentra previsto en el párrafo primero del art. 30 del CPP respecto de la suspensión del juicio a prueba-, por ejemplo, para el desistimiento del recurso (art. 460 del CPP).

c. Ahora bien, resulta determinante para la resolución del caso efectuar algunas consideraciones respecto del trámite seguido para resolver la petición de suspensión del juicio a prueba. Se advierte que el a quo, al planteo de nulidad y suspensión del juicio a prueba formulado por la defensa (fs. 93/95), proveyó «Del planteo de nulidad impetrado, córrase vista al Sr. Fiscal de Cámara» (fs. 96), sin hacer alusión al beneficio de la suspensión.

Sin perjuicio de que al contestar la vista del incidente de nulidad el agente fiscal solicitó que, previo a expedirse sobre la suspensión del juicio a prueba, se citara al imputado a efectos de que ratificara la solicitud de su defensor conforme a lo establecido por los arts. 30 del CPP y 76 del CP, lo cierto es que la Cámara del Crimen rechazó la tramitación de la suspensión del juicio a prueba sin correr vista al agente fiscal de la petición y sin citar –tal como lo había solicitado por el señor Fiscal– a L. B. C..

Este modo de resolver implica, a mi entender, la inobsevancia de las reglas que determinan la intervención del Ministerio Público Fiscal y del imputado, normas procesales establecidas bajo pena de nulidad (art. 198 inc. 2° y 3° del C.P.P.) y fue consecuencia de que no se aplicó la norma contenida en el art. 362 del

C.P.P. que señala «Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada». El texto citado corresponde a la reforma introducida mediante la ley 8.896 (B.O. 26/08/2016), aplicable al caso en virtud de la regla de vigencia temporal contenida en el art. 4 del CPP.

Este Tribunal ya ha sostenido con anterioridad que «[c]orresponde declarar la nulidad absoluta de la resolución que resuelve sobre la suspensión del juicio a prueba, sin que se haya dado intervención al Ministerio Público Fiscal, siendo que la misma resulta obligatoria e ineludible» (L.S. 380:013, "**Barré Crespo, Ricardo Daniel**"). También se ha resuelto, en idéntico sentido, en "**Silva, Hugo Alberto**" (L.S. 397:110), y en "**Lupari Quiroga**" (L.S. 552:103). La declaración oficiosa de este supuesto de nulidad -pese a no haber sido planteada por el recurrente- ha sido efectuada en diversas oportunidades. En tal sentido, ver autos "**Lucero Gómez**" (L.S. 373:173., expte. N° 86.741), "**Linares Borobio**" (L.S. 335:092); "**Funes Guerra**" (L.S. 377:190), "**Godoy**" (expte. N° 88.415), entre otros.

En relación con la regla contenida en el art. 198 inc. 3° del CPP, que garantiza la intervención del imputado en los casos establecidos por la ley, bajo pena de nulidad, resulta oportuno señalar que la intervención del imputado en la suspensión del juicio a prueba se encuentra prescripta normativamente por el art. 30 del CPP: «El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal [...]». En definitiva, la decisión cuestionada omitió la realización de la audiencia prevista por la normativa a efectos de conocer la pretensión de la defensa y la posición del Ministerio Público Fiscal al respecto, lo que derivó en la falta de intervención del imputado y la fiscalía, lo que determina su nulidad.

ASÍ VOTO.

Voto Dr Adaro y Dr Palermo- Adhieren

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde anular parcialmente la resolución dictada a fs. 100/101 por la Sexta Cámara del Crimen, en relación al pronunciamiento sobre la suspensión del juicio a prueba formulada, y disponer la remisión de los presentes obrados al subrogante legal a fin de dar tratamiento conforme a derecho a la cuestión.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales del Dr. O. H. R. en la suma de pesos treinta y cuatro mil ochocientos setenta y siete con 32/100 (\$ 34.877,32) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso formulado en autos, anular el resolutivo segundo del auto de fs. 100/101, y remitir las actuaciones a la OGAP en turno a efectos de que practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá dar tratamiento a la petición de suspensión del juicio a prueba conforme a derecho (art. 486 del CPP).
- 2.- Imponer las costas por su orden y regular los honorarios profesionales del Dr. O. H. R. P. en la suma de pesos treinta y cuatro mil ochocientos setenta y siete con 32/100 (\$ 34.877,32) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

4- MONTIVERO. 30-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-1°	-	A	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190430_FcMNW.pdf

Lex: Art. 89. 80 inc. 1° y 11°, 92, 34 inc. 1° y 58 del CP.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Unificación de pena. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Circunstancias atenuantes. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por ser en contexto de violencia de género (art. 89 en función con el art. 92, 80 inc. 1 y 11 del C.P.). A su vez unificó la pena impuesta con la dictada por la Séptima Cámara del Crimen para el 1 de noviembre de 2006, mediante Sentencia N° 1851, en la pena única de **dieciocho años de prisión**.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4824, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mamani Navarro
- Teves Lucero
- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf

Parágrafos destacados

«...[E]l administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

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

(E.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04395454-1/1((018602-119248)) F. C/ M. N. W. O. P/ ABUSO SEXUAL GRAV. ULTRAJANTE EN C. R C/ LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE CALIF. EN C. I. POR RELACION DE PAREJA Y V. G. (119248/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104474599*

En Mendoza, a los treinta días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04395454-1/1, caratulada "F. C/ M. N., W. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE EN CONCURSO REAL CON LESIONES DOLOSAS DOBLEMENTE CALIFICADAS EN CONCURSO IDEAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa de W. M. N. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4824, y sus fundamentos en tanto lo condenó a la pena de dos años de prisión, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por ser en contexto de violencia de género (art. 89 en función con el art. 92, 80 inc. 1 y 11 del C.P.).

A su vez unificó la pena impuesta con la dictada por la Séptima Cámara del Crimen para el 1 de noviembre de 2006, mediante Sentencia N° 1851, en la pena única de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas. El fallo recayó en autos N° P-119.248/17, tramitado en la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

En lo pertinente para resolver la queja interpuesta, el tribunal de juicio ha tenido por acreditado que el 21 de agosto de 2017, aproximadamente a las 8:30 horas, el imputado regresó a su domicilio sito en calle ... de Guaymallén en estado de ebriedad, donde propinó golpes de puño y patadas a su pareja C. S. C.. La víctima logró huir de su vivienda y se escondió en la casa de su vecina M. D. ubicada en calle ... Guaymallén. M. N. siguió a la víctima, ingresó en este domicilio y continuó propinando golpes de puño y patadas en el rostro y el cuerpo de su pareja, provocándole edema y equimosis rojiza bilateral, edema y equimosis rojo-azulada en mejilla derecha y equimosis rojiza en tercio inferior de cara posterior del antebrazo derecho, heridas con tiempo de incapacidad laboral inferior a un mes. Para así decidir el tribunal valoró, entre otros

elementos, las declaraciones de la víctima C. S. C., de P. G. A. C., de U. N. A. C. y la demás prueba legalmente incorporada.

2.- Recurso de casación

La queja se articula en función del art. 474 inc. 2° del C.P.P., art. 14 del PIDC.P., 8,2 inc. h) del a CADH y 75 inc. 22 y 28 de la Constitución Nacional. Entiende que conforme las circunstancias concretas del caso M. N. actuó en un estado de intoxicación grave y de ebriedad, que no le permitieron comprender la criminalidad de sus actos ni de dirigir sus acciones, por ello sostiene que el tribunal debió haberlo declarado inimputable o, en su caso, y de no hacerlo así, imponer una pena de menor cuantía pues la conducta del acusado debió ser considerada de menor reproche penal. Cuestiona a través del recurso, el monto de la pena impuesta, y sostiene que el a quo consideró como circunstancia agravante que la víctima sufrió daño psicológico, cuando en el caso concreto no se encuentra acreditada tal circunstancia. Concluye su reclamo afirmando que resulta relevante a la hora de cuantificar la pena que M. N. inició un proceso de rehabilitación en el instituto "Viaje de Vuelta". Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 305/307 vta. el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado.

Para así dictaminar considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada y que el tribunal se explayó en el análisis del plexo probatorio colectado en su conjunto, explicando en forma detallada las pruebas que condujeron a la certeza requerida para condenar al encartado W. M. N. por su participación en el hecho investigado.

A idéntica conclusión arriba respecto del planteamiento relativo al monto de la pena impuesta. Así considera que el tribunal de sentencia no se limitó a realizar una mera referencia a las pautas de los artículos 40 y 41 del C.P., sino que analizó las condiciones objetivas y los aspectos subjetivos aplicándolos en el caso concreto.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, considero oportuno destacar que el objeto procesal en la presente causa ha quedado ceñido a lo acontecido el 21 de agosto de 2017, en horas de la mañana, en el domicilio ubicado en calle ... de Guaymallén, en que W. M. N. regresó en estado de ebriedad y propinó golpes de puño y patadas a la Sra. C. S. C.. En ese momento la víctima logró huir de la vivienda y buscó refugio en la casa de su vecina la Sra. M. D., lugar al que ingresó el imputado y continuó propinándole golpes y patadas, provocándole las lesiones que el tribunal de juicio estimó debidamente acreditadas. Estos hechos han devenido firmes en tanto no han sido desconocidos, ni resistidos, por la parte defensiva.

El eje del recurso en tratamiento está enfocado, por un lado, en la crítica de la sentencia en cuanto no acogió el planteo oportunamente realizado que se encuentra vinculado a que el acusado estaría alcanzado

por lo normado por el art. 34, inc. 1 del C.P.. Por otro lado, el recurrente cuestiona la penalidad impuesta, en relación al quantum aplicado.

En relación a la primera de las críticas, el letrado defensor a través de la censura casatoria pretende sustraer la responsabilidad penal del encartado, en tanto proclama la inimputabilidad de M. N.. Así, invoca un estado de embriaguez y de consumo de sustancias tóxicas en este último, que no le habría permitido comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones.

La pretensión de la defensa no puede tener acogida favorable.

Es que, a poco de examinar el fallo atacado, surge que el a quo descartó, acertadamente a mi modo de ver, que W. M. N. tuviera un estado de intoxicación que encuadrara en lo dispuesto por el art. 34, inc. 1 C.P. Para dar cuenta de ello se basó en la prueba recibida en el debate, sobre todo, en las declaraciones testimoniales y, muy particularmente, la de U. N. A. C.. Respecto de esta declaración el a quo refirió que el testigo dijo que «el imputado estaba sentado en la vereda, que lo insultaba pero que estaba consciente, que a él lo reconoció como también a su esposa cuando llegó». También destacó el juzgador que el testigo P. G. A. C. sostuvo que «M. estaba borracho pero se encontraba consciente porque en todo momento lo nombraba a él y a sus abuelos a quienes amenazaba de muerte».

Pero además de los testimonios a los que hice referencia en el párrafo que antecede, el a quo descartó la circunstancia alegada por la defensa en prueba objetiva que resultó coincidente con los datos aportados por aquellos testigos. Así, por ejemplo, encontró que el secuestro de la botella que el imputado blandió en forma amenazante durante la comisión del hecho y las constancias del acta de procedimiento policial -en la que se describen las circunstancias de tiempo, modo y lugar- resultaban en un todo concordante con la información aportada por los testigos presenciales del hecho.

En síntesis, el a quo descartó que el acusado al momento del hecho pudiera estar alcanzado por las disposiciones del art. 34, inc. 1 C.P. en base a que todos los testigos, desde el comienzo de la investigación e incluso durante la realización del debate, dieron cuenta de la secuencia de los hechos y los golpes que recibió la víctima. Tales dichos encontraron corroboración en prueba objetiva. Por su parte, la circunstancia de que los testigos señalaran que M. se encontraba ebrio, tal como lo alega la defensa, no resultó suficiente al juzgador para encuadrar su situación en las disposiciones del art. 34, inc. 1 C.P..

Es por ello que comparto la opinión del Procurador General cuando dice que todas las acciones desarrolladas por el encartado -tales como llegar a su domicilio, increpar a su esposa por una supuesta infidelidad, seguirla hasta la casa de la vecina, en donde la víctima se refugió- son conductas coherentes entre sí y denotan que M. N. tenía plena conciencia de cada una de ellas. Dicho en otras palabras, no hay posibilidad fáctica que una persona que se encuentre en estado de inconsciencia absoluta pueda ejecutar las acciones que ejecutó el acusado y que han quedado acreditadas en el proceso.

Estas razones que me conducen a rechazar la pretensión de la defensa en cuanto propugna que el acusado estaría inmerso en la disposición del art. 34, inc. 1 C.P.

A idéntica conclusión arribo respecto del agravio que cuestiona el monto de la pena impuesta.

En este orden entiendo que el letrado no explica de qué manera la sentencia no ha valorado la incidencia de las circunstancias atenuantes y en qué consiste la magnificación de los criterios agravantes.

Por el contrario, las constancias de autos demuestran que el sentenciante definió el marco legal correspondiente a la figura enrostrada de manera adecuada y luego, tras ponderar la naturaleza de los hechos, valoró de manera expresa que M. demostró un alto nivel de crueldad y violencia hacia la víctima; más aún teniendo en cuenta la relación de pareja con la víctima y la convivencia.

En cuanto a la extensión del daño causado consideró relevante la afectación de la integridad física y psíquica de la víctima.

Como circunstancia agravante tuvo en cuenta que el encartado se encontraba sometido al régimen de libertad condicional en la causa N°11085/V con lo que consideró que el nuevo hecho implicó un quiebre de la confianza en él depositada.

La defensa se agravia por entender que no está probada la afectación psíquica de C. S. C.. En este sentido encuentro que el defensor soslaya la circunstancia de que la propia víctima narró que lo sucedido le había provocado mucho daño porque se desempeñaba como celadora en una escuela y, como hubo publicaciones periodísticas respecto de lo sucedido, la difusión del hecho la afectó atento que todos se enteraron de lo sucedido.

Por estas razones comparto, también en este aspecto, el dictamen del Procurador General cuando expresa que el tribunal de sentencia no se limitó a considerar las pautas de los artículos 40 y 41 del C.P., sino que analizó las condiciones objetivas y los aspectos subjetivos aplicándolos en el caso concreto.

Para concluir con el tratamiento de este agravio debo señalar que, las razones señaladas al momento de descartar en esta instancia la pretensión de la defensa de encuadrar el hecho en lo dispuesto por el art. 34, inc. 1 C.P., son extensibles y aplicables para rechazar la pretensión vinculada a que el estado ebriedad del acusado debieron ser meritadas, como atenuantes, para disminuir la pena.

Resta formular una última consideración vinculada a las particularidades que presentan casos como el analizado. En este sentido encuentro oportuno destacar la importancia de la determinación de responsabilidades penales respecto de hechos que han tenido lugar en un contexto de violencia de género. Ello así, en función de los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional a la que los operadores del derecho debemos adaptarnos a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de dar la efectiva protección a los derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme he señalado en pronunciamientos anteriores N°CUIJ 13- 04022920-9/1 “F. c/ Mamani Navarro, Marcos Rubén p/ abuso sexual con acceso carnal agravado Y N° 13-04268432-9/1 “F. c/ Teves Lucero, Alejandro Daniel p/lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo s/ casación” y CUIJ: 13- 03899178-1/1((010501-98930)) Fc/Ontiveros Arancibia Jose Miguel p/ homicidio calificado en concurso real (2 hechos) (98930) p/ recurso ext.de casación entre otros) la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente las pautas o estándares en diversos órdenes -así por ejemplo, en la interpretación de la prueba en materia

de género- reflejando en su análisis una visión integral de la temática, con la especial consideración por la víctima.

Expresamente he referido que: «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Por su parte, in re “Ontiveros Arancibia” sostuve que «[...]si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece sólo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Sentado cuanto precede, entiendo que el Tribunal sentenciante interpretó en la presente causa de forma satisfactoria, de acuerdo a lo señalado, los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, justificando a partir de todos los indicios recaudados en la investigación, y reproducidos en audiencia oral, la convicción acerca de que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género. Por tales razones, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASI VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las cosas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos ... a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del C.P.P y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs292/295 vta., por la defensa de W. M. N..
- 2.- Imponer las cosas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos ... a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del C.P.P y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 30 de abril de 2019.-

5- LEIVA. 07-05-2019.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=46>

Lex: Art. 89 y 92 en función con el art. 80 inc. 1° del CP.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** de ejecución condicional por considerarlo autor (art. 45 Cód. Penal) del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente (art. 89 y 92 en función con el art. 80 inc. 1 del Cód. Penal)

La **defensa** oficial de J.P.E. Leiva Pleitel interpone recurso de casación contra la Sentencia y sus fundamentos.

El **Procurador General** dictamina que se debe hacer lugar al recurso.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4914, pronunciada por el Juzgado Correccional N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- L.S. 393-243, 382-107, 381-233
- L.S. 393-243, 382-107, 381-233

b-CIDH

Doctrina citada.

CAFFERATA NORES José I. - Aída Tarditti "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado", tomo 1, p. 379

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04248260-3/1((031201-22977)) FC/LEIVA JUAN PABLO P/LESIONES LEVES CALIFICADAS POR LA RELACION PREEXISTENTE EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS (22977) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104318875*

En Mendoza, a los siete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04248260-3/1 caratulada “F. c/ Leiva Pleitel, Juan Pablo Emanuel p/ lesiones leves dolosas s/ Casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Pedro J. Llorente y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa oficial de Juan Pablo Emanuel Leiva Pleitel interpone recurso de casación (fs. 107/112) contra la Sentencia N° 4914 (fs. 99) y sus fundamentos, mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de seis meses de prisión en suspenso, por considerarlo autor (art. 45 Cód. Penal) del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente (art. 89 y 92 en función con el art. 80 inc. 1 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia establece que el 1 de marzo de 2015 a las 09:00 horas aproximadamente la denunciante estaba acostada junto a su hija en el domicilio de Tiburcio Benegas 198 de Palmira, cuando llegó el imputado, padre de la niña, con intenciones de llevarla, y en el forcejeo con la menor de un año de edad, se golpeó la cabeza contra la mesa de luz ocasionándole traumatismo mejilla derecha con un tiempo probable de curación de un día, para luego golpear a la denunciante contra la pared, tomándola de los brazos y propinándole un golpe de puño en el pecho, lo que le causó TEC sin pérdida de conocimiento, hematomas en la región mamaria y ambos brazos con un tiempo probable de curación de diez días, para luego manifestarle que le iba a prender fuego la casa, matar y quitar la nena.

2.- Recurso de casación

Se agravia el impugnante porque la sentencia aplica erróneamente normas sustanciales, toda vez que la plataforma fáctica no es típica del delito de lesiones agravadas por el vínculo, ante la falta de imputación objetiva del resultado lesivo al imputado, por lo que de haberse valorado la prueba correctamente, debió haber sido absuelto.

Se queja igualmente porque no se consideró la situación de legítima defensa que se esgrimió en subsidio. Refiere que el imputado negó el hecho y que detalló que la denunciante era boxeadora y dijo cómo había sucedido todo, respondiendo las preguntas que se le realizaron.

Agrega que en el punto 3 de la segunda cuestión, el a quo determina los hechos en cuatro párrafos, no dando los motivos por los que entiende que el relato de su defendido no resulta ajustado a los hechos ocurridos, o por qué no le resultó verosímil su versión.

Manifiesta su disconformidad porque el a quo le da al certificado médico de fs. 10 una certeza absoluta, tanto en la constatación de lesiones como en la mecánica de su producción, pero ese certificado no constituye una prueba de certeza sobre cómo ha sido la mecánica de los hechos que habrían provocado las lesiones, ya que no se hace mención a ello, ni tamaño, ubicación o color de las lesiones.

Resalta que no le llama la atención al a quo las fechas del examen y la de los hechos, y que no expuso por qué ignora la hipótesis defensiva sobre que, ante el ataque por detrás de la denunciante, el imputado tuvo que quitársela de encima, resultando imposible quitarse a una persona de encima sin tocarla.

Agrega que la denunciante pudo autolesionarse en el pecho, ya que no se indican las características del hematoma, con las que se pueda determinar que el mismo fue producto de una piña, y que el traumatismo encéfalo-craneano no es concordante con los dichos de Cisterna, lo que también relató el imputado.

Destaca que esta testigo no dijo que el imputado golpeó a la denunciante, quejándose de la credibilidad que a ella le confiere el a quo, toda vez que no fue a la audiencia, lo que debió haber valorado en su contra.

Señala que no se puede sostener que la mecánica de producción del resultado fuera corroborada por su compañera de vivienda, porque esto no fue así, y que no se acreditó el estado de ebriedad del imputado ni la existencia de violencia de género.

Tacha de aparente a la fundamentación, y alega que la víctima emprende una actitud de auto-puesta en peligro animada por el hecho de ser boxeadora, lo que impide atribuirle al imputado el resultado de lesiones constatado.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictamina que se debe hacer lugar al recurso.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En primer lugar, porque la motivación de la sentencia si bien es escueta, resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, el a quo se basó en las pruebas rendidas –en especial instrumental y testimonial–, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha logrado demostrar, y en un todo de acuerdo con el principio de unidad de la prueba, que se encuentra

Íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que individualmente estudiadas, pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233**, entre otros), que es lo que ha acontecido en autos.

De esta forma, las lesiones referidas por la compareciente el 1 de marzo de 2005 en el acta de denuncia de fs. 1/2, fueron constatadas por el médico de la Policía de Mendoza el 4 de marzo de 2015, correspondiendo desestimar la crítica que en este aspecto hace el impugnante, al señalar que el a quo le otorgó certeza al certificado médico «[...] sin que llamara su atención las fechas de acaecimiento de los hechos y la de constatación de las lesiones» (recurso, fs. 108 vta.), datos de los que no se deriva irregularidad.

A su vez, el acta de denuncia hace plena fe de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia, al no haber sido argüida de falsedad (**conf., José I. Cafferata Nores - Aída Tarditti "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado", tomo 1, p. 379; L.S. 368-199**, entre otros), y los dichos de la testigo presencial incorporados mediante lectura (acta, fs. 98) son concordantes con los elementos prementados.

En efecto, de ellos emerge que el imputado estaba ebrio cuando fue a buscar a su hija de un año de edad a la casa de la denunciante, quien se negó a dársela por ese motivo, comenzando un forcejeo cuando él intentó agarrarla, para evitar que se la llevara, actitud de la que finalmente desistió porque llamaron a la policía.

Por su parte, el recurrente intenta aislar los elementos probatorios para privarlos de la eficacia que se deriva de su reunión, encubriendo su queja una discrepancia con el criterio del juzgador, insusceptible de conmover la decisión a la que se arriba, por lo que no puede prosperar según se ha dicho con antelación (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233**, entre otros).

Este disenso se evidencia claramente cuando le da un alcance distinto al que le confiere el juzgador, a la declaración de la testigo presencial a la que me he referido precedentemente, aseverando así que no se acreditó la ebriedad del encartado, sin tener en cuenta que dicha testigo y la víctima coincidieron en ello. También, cuando pretende que se valore en contra de la denunciante su inasistencia al debate, o bien al afirmar que ella misma pudo lesionarse en el pecho (recurso, fs. 109) o al negar la existencia de violencia de género, porque la víctima es boxeadora, aduciendo su auto-puesta en peligro, en contra de las pruebas incorporadas y sin más sostén que su opinión personal.

En similar dirección, el recurrente discrepa con el a quo, al ponderar la circunstancia que la víctima haya tomado de la remera al imputado desde atrás ahorcándolo, fuera del contexto dinámico en el que tuvo lugar, esto es, mientras aquélla trataba de evitar que su pareja ebria se lleve a su hija de un año de edad, menor que incluso terminó herida luego de este incidente.

Resta decir que resulta irrelevante el hecho que el golpe en la cabeza que recibió la víctima se haya debido a que había un llavero colgado en la pared, toda vez que hacia ese lugar la empujó el encartado, y que la plataforma fáctica elaborada ha sido correctamente subsumida en derecho.

De esta forma, no surge de lo hasta acá desarrollado que el imputado haya actuado en legítima defensa, al no verificarse los requisitos necesarios para su procedencia, esto es, agresión ilegítima, necesidad

racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, conforme al art. 34 inc. 6 Cód. Penal.

Por el contrario, se desprende de los hechos tenidos por acreditados, que quien actuó en legítima defensa de su hija fue la denunciante, ya que quedó demostrado que su accionar tuvo como objeto impedir que el encausado alcoholizado se lleve a la menor en ese estado.

Por lo tanto, y oído el señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia censurada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr Llorente y Dr. Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto procediéndose a dictar sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 107/112 por la defensa oficial de Juan Pablo Emanuel Leiva Pleitel.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

6- ARAVENA ARROYO. 07-05-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=48>

Lex: Art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1° del CP

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja.

Summa:

El Juzgado de Garantías Correccional y Penal de Menores condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** de ejecución condicional por considerarlo autor del delito de lesiones leves agravadas por mediar una relación de pareja (arts. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1 del CP).

La **defensa oficial** de F. B. A. A. interpone recurso de casación.

El **Procurador General** aconseja el rechazo formal del recurso. Señala que no existe en concreto expresión de los motivos de agravio sino más bien una disconformidad con el criterio sostenido por el a quo al resolver la cuestión planteada..

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

Resolución cuestionada: *Sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantías Correccional y Penal de Menores.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Lorente.
- Cabañez.
- LS 186-427; 153-011, 354-218

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04332464-5/1((028503-104844))

F. C/ A. A., F. B. P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS (104844) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

104408031

En Mendoza, a los siete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04332464-5, caratulada "Fc/ A. A. F. B. s/casación"

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro , y tercero Dr. Pedro J. Llorente.

La defensa oficial de F. B. A. A. interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2.018, obrante a fs. 78/78 vta., en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor del delito de lesiones leves agravados por mediar una relación de pareja (arts. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1 del CP).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por el Juzgado de Garantías Correccional y Penal de Menores en autos N° P 104.844/15.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José Valerio dijo:

1.- Resolución recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del presente recurso, estableció que, «[...] no debe prosperar el incidente de nulidad absoluta [pues] si bien es cierto que el hecho que se ha circunscripto y que constituye el delito que a la postre se le imputa al Sr. A. no está perfectamente precisado, entiendo que no obstante algún detalle que pudiera perfeccionarlo, el mismo no alcanza a alterar en su sustancia el hecho en sí que se le atribuye al imputado de autos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Entiendo que declarar la nulidad por la nulidad misma no tiene sentido y que a los fines de que se declare la nulidad debemos estar frente a una situación en la que verdaderamente y en esencia se esté violando una garantía constitucional e incluso convencional además de procesales del imputado.

Decidir lo contrario sería caer en un excesivo rito formalista que obstaculizaría el verdadero acceso a la justicia. Si bien es cierto que en el hecho del avoque inicial no se detallaron las lesiones si fueron detalladas al momento de la intimación [...] por lo cual al mismo no le pueden haber quedado dudas de cuál fue el hecho [esto es] a las lesiones que le ocasionó a la sra. V. [...]».

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del C.P.P., por entender que la resolución recurrida adolece de vicios in procedendo y vicios in iudicando. Sostiene que la fundamentación es errónea y que el acto sentencial contiene proposiciones contradictorias y que se ha apartado de las reglas de la sana crítica. Agrega también que es arbitraria por resultar vulnerada la garantía de razonabilidad del art. 28 de la C.N.

Entiende que se ha incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva al considerar válido el acto procesal e interruptivo del curso de la prescripción penal. Afirma que el decreto de avoque de fs. 20 se encuentra viciado de nulidad absoluta y manifiesta al violar el principio de congruencia al no contener un relato de los hechos intimados, vulnerándose el derecho de defensa de su asistido ya que el Ministerio Público podría haber precisado exhaustivamente la intimación, pero no lo hizo.

Considera que el Juez de Garantías debió haber declarado la nulidad del acto impugnado sin necesidad de habérselo requerido puesto que está viciado de nulidad absoluta a tenor del art. 198 inc. 3 del C.P.P. por violarse garantías constitucionales del imputado. Como consecuencia de ello considera que debió dictarse el sobreseimiento de A. a tenor de las previsiones del art. 353 inc. 4 del C.P.P.

Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 94/95 se expide el señor Procurador General en relación al recurso casatorio promovido. Al evaluar la procedencia formal del recurso señala que no existe en concreto expresión de los motivos de agravio sino más bien una disconformidad con el criterio sostenido por el a quo al resolver la cuestión planteada. Así por un lado refiere un incorrecto uso de la lógica jurídica sin establecer en qué consistiría, sobre qué aspecto puntual de la sentencia y cual sería la ausencia de valoración en virtud de la cual se agravia. Entiende que la crítica es una declaración de principios sin concreción alguna de agravios puesto que el recurrente hace una breve referencia a que el a quo debió declarar la nulidad del avoque, pero sin profundizar el tema ni articular un desarrollo recursivo que permita inferir los vicios que intenta señalar. Concluye que estas breves e incompletas alusiones no logran autoabastecerse como para abrir formalmente el recurso.

Para el supuesto en que se considere el recurso formalmente procedente refiere que, luego de escuchar el registro de la audiencia, se advierte que la pretensión defensiva resulta idéntica a la allí planteada, relacionada a que en el avoque de fs. 20 no se hizo mención circunstanciada del tiempo y lugar en que ocurrió el hecho, ni conducta imputada. Añade que si bien no surgen las circunstancias narradas del escrito recursivo, el juez evaluó el planteo de nulificación, por lo que no surge ningún elemento que permita sostener que el encartado no conocía el hecho por el cual llegó a juicio.

Aconseja así el rechazo formal del recurso de casación planteado por la defensa del imputado.

4.- Solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante

Analizado el recurso casatorio promovido y la sentencia cuestionada adelanto opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del recurso y la confirmación del acto sentencial, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

Respecto a la censura casatoria promovida, considero que aquella resulta admisible en su aspecto formal, ya que la sentencia condenatoria recurrida encuadra en las previsiones que el Código Procesal Penal establece en atención a las disposiciones de los arts. 475 y 478 inc. 1 del C.P.P.

Dicho esto, como adelanté no corresponde acoger el recurso casatorio interpuesto por la defensa de F. B. A. A. y, por ello se debe confirmar la sentencia recurrida en tanto condena al imputado a la pena de seis

meses de prisión de ejecución condicional como autor del delito de lesiones leves gravadas por mediar una relación de pareja (art. 89 en función de los arts. 92 y 80 inc. 1 del C.P.).

De manera preliminar corresponde señalar que el hecho aquí investigado consistió, conforme surge de las constancias del audio respectivo del debate llevado a cabo en la causa (minuto 44:31) en que : «[...] en la ciudad de Malargüe el día treinta de marzo de 2015 [...], entre las 3 y 5 de la mañana [el acusado] regresó al domicilio en estado de ebriedad y ante la negativa de su concubina G. B. V. a abrir la puerta, la rompió, ingresó comenzó a gritar y agredirla. Luego de esta situación la dicente logró escapar y fue alcanzada por usted Sr. F. A. en la intersección de las calles P.P. Segura y Carlos Jara [...] al alcanzarla en dicha intersección nuevamente la golpea en la cabeza, rostro y las piernas para luego patearla cuando se encontraba en el piso [...] con lo cual resultó lesionada, conforme certificado de fs. 7, con un hematoma en pómulo izquierdo, parpado superior izquierdo, en ambos brazos, región lumbar y región submentoneana [...] con tiempo probable de curación de 15 días con igual tiempo de incapacidad laboral [...]».

En primer lugar, he de señalar que los fundamentos de la sentencia impugnada resultan suficientes para mantenerla como acto jurisdiccional válido en tanto no adolece de falencias que importen su anulación a la luz de la jurisprudencia reiterada de esta Sala. En virtud de ella, es necesario que los defectos en la fundamentación tengan tal entidad, que importen su ausencia, para que conlleven a la extrema solución de la nulificación (**LS 186-427; 153-011, 354-218**, entre otros). Tal situación, además de no haber sido planteada por la defensa, no se advierte en las presentes actuaciones.

En segundo lugar corresponde señalar que la única crítica esgrimida por el recurrente se dirige contra el rechazo de la nulidad impetrada en el curso del debate -y el sobreseimiento que, a su criterio, operaría en consecuencia-, resuelta en el punto primero de la sentencia impugnada.

El recurrente funda su crítica en ambos motivos casatorios; sin embargo, y más allá de la genérica mención de vulneración al derecho de defensa y la consecuente nulidad que operaría a tenor del art. 198 inc. 3 del C.P.P., no desarrolla de qué manera la fundamentación de la negativa del a quo ha resultado errónea o arbitraria ni de qué manera habría operado el vicio de juzgamiento que invoca.

No obstante, entiendo que la decisión adoptada por el a quo en relación a la pretensión nulificatoria esgrimida en el debate ha resultado acertada.

En efecto, considero que el avoque de fs. 20, resulta una resolución adecuada y suficiente a los fines de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el hecho atribuido. Expresamente allí se señala «[...] el día 30/03/15, siendo la hora 03:00 horas aproximadamente, el imputado al regresar al domicilio conyugal en estado de ebriedad y ante la negativa de su concubina G. B. V. de abrir la puerta del domicilio, este la rompe, ingresa y comienza a gritarle y agredirla. La dicente logra escapar de la situación y es alcanzada por el encartado en la intersección de las calles ... y es cuando la golpea en la cabeza rostro y en las piernas para luego patearla cuando se encontraba en el piso [...]».

Así, la referencia al domicilio conyugal no puede resultarle ignorada al imputado puesto que se trata de la vivienda en la que residía con V. -su pareja-.

A su vez, el horario en que acontecieron los hechos fue consignado refiriéndose que el suceso se desarrolló a partir de las 03:00 horas, aproximadamente.

Advierto que el a quo ha resuelto el punto en cuestión adoptando el criterio sostenido por esta Sala, conforme el cual no es admisible la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes, evitando el establecimiento de nulidades puramente formales, acogiendo solamente las que resulten idóneas para corregir errores con capacidad para perjudicar ese

interés (en ese sentido ver autos CUIJ N° 13-03840672-2/1 “Fc/Lorente p/Casación” y 13-03929916-4/1 “Fc/Cabañez p/Casación”, entre otros).

Ahora bien, el recurrente más allá de mencionar la normativa del art. 198 inc. 3 del C.P.P. y referir la vulneración al derecho de defensa no brinda mayores precisiones sobre la aludida nulidad ni ofrece mayores precisiones sobre las circunstancias derivadas de la pretendida imprecisión del avoque que le habrían impedido ejercer la defensa de su asistido.

Esa manera de expresar el planteo casatorio importa una mera discrepancia en relación al criterio utilizado por el a quo al momento de rechazar el pedido de nulidad formulado, con argumentos que no logran ser rebatidos por el recurrente. Por ello el agravio no puede ser acogido ya que no se verifican los vicios denunciados.

Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación formulado y confirmar la sentencia impugnada.

ASI VOTO.

Voto. Dr. Adraro y Dr. Llorente. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 79/82 vta. por el defensor oficial de F. B. A. A. y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO - Ministro

DR. MARIO D. ADARO - Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE - Ministro

7- FURNARI SOSA. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FS	-	AFA	PCC IE	-	-	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=58>

Lex: Art. 105, 80 inc. 9°, 293, 55 del CP.

Vox: Abuso de armas agravado. Miembro integrante de las fuerzas policiales. Falsedad ideológica. Concurso real. Inhabilitación especial para cargo público.

Summa:

La Excma. **Sexta Cámara del Crimen** condenó a

a- a **Pereyra Carballo** a la pena de 1 año y 2 meses de prisión de ejecución condicional y 3 años de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público, por considerarlo coautor del delito de falsedad ideológica (art. 293 del CP),

b- a **Furnari Sosa** a la pena de 1 año y 6 meses de prisión de ejecución condicional y 4 años inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público, por el delito de abuso de arma de fuego agravado por ser miembro integrante de las fuerzas policiales y coautor del delito de falsedad ideológica, todo en concurso real (art. 105 en función con el art. 80 inc. 9, 293 y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación deducidos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4796, pronunciada por la Excma. Sexta Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados:

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- L.S. 388- 219
- L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42
- L.S. 401-188

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04362843-1/1((018602-152486)). FC/FURNARI SOSA SERGIO IVAM, PEREYRA CARBALLO JAVIER OSCAR P/ABUSO DE ARMAS AGRAVADO (152486) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104440255*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04362843-1/1, caratulada “Fc/ Furnari Sosa, Sergio Ivan Y Otro p/abuso de arma de fuego agravado y falsedad ideológica en concurso real s/ casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Mario D. Adaro, segundo Dr. Omar A. Palermo, y tercero, Dr. José V. Valerio.

La defensa técnica de los imputados Javier Oscar Pereyra Carballo y Sergio Ivan Furnari Sosa interponen recursos de casación contra la Sentencia N° 4.796 (fs. 364/365) y sus fundamentos, agregados a fs. 366/377, en cuanto condena a Sergio Ivan Furnari Sosa a la pena de 1 año y 6 meses de prisión de ejecución condicional y 4 años inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público, por el delito de abuso de arma de fuego agravado por ser miembro integrante de las fuerzas policiales y coautor del delito de falsedad ideológica, todo en concurso real (art. 105 en función con el art. 80 inc. 9, 293 y 55 del CP); y a Javier Oscar Pereyra Carballo a la pena de 1 año y 2 meses de prisión de ejecución condicional y 3 años de inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público, por considerarlo coautor del delito de falsedad ideológica (art. 293 del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 152.486/12 por la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. Mario A. Adaro dijo:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[...] el día 27 de octubre del año 2012, aproximadamente a las 2:05hs., en circunstancias en que se encontraban realizando tareas de patrullaje a bordo del móvil oficial N° 2303 de la Unidad Especial de Patrullaje de Las Heras, los imputados Sergio Ivan Furnari Sosa y Javier Oscar Pereyra Carballo, en su calidad de Auxiliar y Oficial Ayudante de la referida Unidad especial, respectivamente, se dirigieron hacia calle Libertad y Alsina de Las Heras. Al llegar a la altura del domicilio ubicado sobre la primera de las referidas arterias, manzana

I, casa 3 del Barrio Sismo V, Sergio Furnari extrajo su arma reglamentaria tipo pistola marcar “Taurus”, modelo PT 92 AF, N° fabril TRH44724, calibre 9 mm., y abusando de su cargo y autoridad, efectuó un disparo en dirección a Eduardo Sebastián Araya Oros, hiriéndolo en la pierna derecha. Luego, tras retirarse del lugar junto a su compañero Pereyra a bordo de la referida movilidad policial, estando ya en sede policial, ambos efectivos de la fuerza labraron el acta de procedimiento que diera origen a los autos N° P-152.495/12, insertando en dicho instrumento público declaraciones falsas respecto de los hechos realmente acontecidos».

Para así decir, el sentenciante valoró las declaraciones testimoniales de la víctima, Eduardo Sebastián Araya, las declaraciones testimoniales de Graciela Oro y Vanesa Araya (madre y hermana de la víctima, respectivamente), y las demás pruebas debidamente incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación interpuesto en favor de Javier Oscar Pereyra Carballo

El defensor del imputado Javier Pereyra Carballo promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1° y 2° del CPP, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Se agravia el recurrente por entender, que la sentencia condenatoria no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba obrantes en autos, ni de los recibidos en el debate, por lo que entiende se ha violado la sana crítica racional.

Sostiene en este sentido, que en base a las probanzas agregadas en autos, no se advierten cuáles serían las afirmaciones falsas insertadas en el acta incorporada en el expediente N° P-152.495/12, ya que –según entiende– lo consignado en la referida acta, se refiere a la más estricta verdad de lo acontecido el día 27 de octubre del 2012.

En tal sentido, afirma que a pesar del tiempo transcurrido desde la fecha en que los imputados labraron el acta de procedimiento, hasta la declaración de Graciela Oro y Vanesa Araya (madre y hermana de la víctima, respectivamente), y la víctima Eduardo Araya, sus declaraciones resultaron contestes con lo consignado por los funcionarios policiales en el acta cuestionada, en cuanto los testigos refirieron que le arrojaron piedras y botellas a la movilidad, lo cual concuerda con lo informado por el CEO a fs. 65, en donde se dejó constancia que el propio Araya reconoció haber arrojado una botella contra el móvil.

En relación a que los efectivos no consignaron en el acta que habían herido a una persona, sostiene el recurrente que el propio Araya se encargó de aclarar tal circunstancia en oportunidad de declarar en audiencia de debate, cuando señaló que «ellos no se dieron cuenta que me habían herido. Después se subieron al móvil y se fueron».

En base a lo expuesto, entiende que si el delito de falsedad ideológica requiere la posibilidad de causar un perjuicio, este requisito no se acredita en el presente caso. Del mismo modo, tampoco se ha visto ofendida la fe pública, ya que el contenido del acta se constriñó a la estricta verdad.

Concluye que no existen en autos indicios o pruebas vehementes, concretas o concluyentes que permitan justificar la sanción aplicada a Pereyra Carballo. Agrega que si se entiende que no ha existido el delito de falsedad ideológica, por no haber sido cometido por el nombrado, también se desvirtúan por su propio peso, las acusaciones de encubrimiento agravado y de incumplimiento de los deberes de funcionario público, ya que estos dos ilícitos serían consecuencia del primero. En virtud de ello, solicita la absolución de su defendido por el ilícito enrostrado.

Formula reserva del caso federal.

III.- Recurso de casación interpuesto en favor de Sergio Ivan Furnari Sosa

La defensa del imputado Sergio Ivan Furnari Sosa basa su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1° y 2° del CPP, por entender que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

En este orden de ideas, alega el recurrente la inexistencia de fundamentación suficiente, como así también, la presencia de proposiciones contradictorias, y un palmario apartamiento de las reglas de la sana crítica y de la merituación de prueba relevante.

Cuestiona en primer término, el momento en que se produjo el hecho, alegando en tal sentido, que existen contradicciones en este punto, en tanto los testigos y la propia víctima indicaron que el hecho se habría producido a las 22:30 hs., mientras que el desgrabado del CEO arroja como horario de la llamada telefónica las 2:20 hs, lo que concuerda con el acta de procedimiento de fs. 3/4. Destaca también, que la movilidad en la que se desplazaba su asistido no se encontraba en la zona en el horario indicado por los testigos, tal como puede apreciarse en los desplazamientos que tuvo la movilidad ese día.

En virtud de estas contradicciones, la defensa sostiene la hipótesis que la víctima Araya habría sufrido la herida a las 22:30 hs, hecho que fue atribuido por ésta a los policías que patrullaban la zona a las 2:05 hs, circunstancia en la cual la movilidad en la que se desplazaba su asistido fue agredida con pedradas.

De esta forma, no existe certeza de que su defendido hiriera o disparare a Araya, si la propia víctima y sus parientes dan como horario del hecho las 22:30 hs., siendo que en esa hora Furnari Sosa no se encontraba en la zona.

En segundo orden, alega el recurrente que existen indicios de mendacidad en la versión de los hechos brindada por los testigos, en tanto sostuvieron que Furnari se bajó del móvil con el arma reglamentaria y disparó en seis oportunidades a los pies de Araya. Entiende la defensa, que no habrían razones que expliquen el comportamiento de Furnari descrito por los testigos, en tanto el imputado no registra ninguna sanción, ni causa penal. Afirma que no se podría entender cómo habría actuado de esta forma, conducta que denotaría odio, envidia y resentimiento, ya que el simple hecho que arrojen piedras al móvil, no ameritaría una conducta iracunda como la que relatan los testigos, salvo que fuera un policía con problemas de ira o mentales, lo que no sería el caso conforme a los antecedentes de su asistido. Con lo

cual concluye que las declaraciones de los testigos serían mendaces en tanto no existiría un móvil suficiente para este tipo de accionar por parte del imputado.

En tercer orden, entiende que existen elementos de juicio que acreditan que los hechos no ocurrieron de la forma que manifiesta la familia Araya y que, a pesar de ello, el juez a quo se basa en forma exclusiva y excluyente en las declaraciones testimoniales y no en el acta de procedimiento, el cual es un instrumento público, ni en las distintas pericias que avalan su postura.

De esta manera, sostiene que el a quo no ponderó lo manifestado por la Oficial Ayudante Bibiana Fernández, quien sostuvo que en el lugar de los hechos no encontró ningún indicio que permita sostener que se efectuaron disparos de arma de fuego. Así también, considera el recurrente que no se meritó que, según lo declarado por los testigos, Furnari realizó entre cinco o seis disparos, y después de retiraron con el oficial Pereyra del lugar, no teniendo oportunidad de levantar las vainas, sin embargo, sólo se recolectó una vaina servida.

Del mismo modo, tanto del acta de procedimiento como del acta de croquis ilustrativo, se desprende que la mancha hemática recabada no se encontraba en el lugar donde supuestamente había acontecido el hecho, sino que estaba a unos 40 metros de la puerta del domicilio de la familia Araya, extremo que fue planteado en los alegatos y el sentenciante no hizo referencia alguna.

Alega también que el juez de grado tampoco se expidió sobre la pericia que indica que las vainas servidas aportadas por la familia Araya no fueron disparadas por las armas de su asistido ni la de su compañero.

Entiende que ello contribuye a la hipótesis de que el hecho habría sido objeto de un ajuste de cuentas a las 22:30 hs., y después este hecho se le intentó atribuir al personal policial que estaba patrullando en la zona y que fue apedreado, todo ello con el fin de iniciar un juicio por daños y perjuicios contra el Estado provincial.

Considera el recurrente como relevante, que la porción de encamisado que se le extrajo a Araya no es peritable, es decir, no puede determinarse si provenía del arma de Furnari o de otra arma de fuego.

Agrega que las declaraciones de los imputados no fueron contradichas, ni puestas en crisis con las demás pruebas existentes en autos.

Finalmente sostiene, que de acuerdo a los hechos probados Furnari Sosa actuó de acuerdo a lo establecido por la ley 6.722, la que regula los derechos, deberes y obligaciones del personal policial.

En virtud de lo expuesto, impetra la absolución de su asistido de los delitos que se le enrostran y, en forma subsidiaria, solicita se anule todo lo actuado con reenvío de las actuaciones al tribunal que corresponda a los efectos de la realización de un nuevo juicio.

Formula reserva del caso federal.

IV.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General estima que los recursos de casación interpuestos en favor de los imputados no resultan sustancialmente procedentes.

En este sentido, considera que no ha existido arbitrariedad en la sentencia que se pretende impugnar y que la valoración de las pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional. Agrega que ha sido correcta la aplicación del derecho sustantivo, por lo cual considera que corresponde rechazar el recurso de casación articulado.

V.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelante de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos casatorios impetrados deben ser rechazados.

Ello por cuanto **considero que la motivación es suficiente para mantener el dictum cuestionado como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación**, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos **(L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177)**, lo que en la especie no ocurre.

Así, entiendo que los recursos planteados por las respectivas defensas resultan ineficaces para privar de eficacia al fundado acto sentencial en trato, toda vez que la prueba que entienden ha sido omitida o mal valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución, por lo que ambos recursos aparecen como un desacuerdo de las partes defensas con la solución a la que arriba el tribunal sin lograr desvirtuar su argumentación.

La defensa de Pereyra Carballo, quien fue condenado como coautor del delito de falsedad ideológica, siendo absuelto –a contrario de lo que sostiene la defensa– por los delitos de encubrimiento agravado e incumplimiento de los deberes de funcionario público, se agravia por entender que las circunstancias insertadas en el acta cuestionada se condicen con las pruebas incorporadas en autos, en tanto todos los testigos coincidirían en que la movilidad fue apedreada y, principalmente, refiere que la omisión de dejar constancia de la existencia de una persona herida encuentra su fundamento en los propios dichos de la víctima quien, en oportunidad de declarar en audiencia de debate, sostuvo que los efectivos no habrían advertido tal situación.

Entiendo que los agravios esgrimidos en este sentido no pueden prosperar, ello por cuanto aún en la hipótesis de que ambos efectivos actuantes no hubieran advertido la existencia de un herido de arma de fuego, existen indicios serios, precisos y concordantes que indican que el imputado Furnari Sosa efectivamente realizó disparos de arma de fuego con su arma reglamentaria, extremo que no fue informado en la cuestionada acta, insertándose falsamente que sólo dispararon el arma larga antitumulto con postas de goma.

En efecto, tal como advirtió el sentenciante la vaina de proyectil 9 mm. secuestrada por Policía Científica en la acequia frente al domicilio de Araya se corresponde con el arma reglamentaria de Furnari Sosa. Por otro lado, también el a quo destacó que se determinó que el arma de fuego perteneciente al imputado había sido percutada, sin que resultara dirimente la imposibilidad de determinar el tiempo exacto en que fue realizado el disparo.

En este orden de ideas, merituó el sentenciante que la falsedad ideológica quedó acreditada no sólo con la prueba testimonial rendida en el debate, sino también con la prueba recogida en el lugar del hecho.

Destacó en este sentido que los imputados en el croquis ilustrativo, no dejaron constancias de las manchas hemáticas que sí obran en el croquis confeccionado en los autos N° 152.495/12, como así también señaló que no se dejó constancia del hallazgo de la vaina servida y los perdigones de goma, las que justamente los incriminaba.

Además refirió el a quo que tampoco se dejó constancia de la gran cantidad de piedras y botellas que, según lo declararon los imputados, arrojaron contra el móvil. Del mismo modo, indicó que en el acta cuestionada se dejó expresa constancia que se informó al CEO de la novedad, especialmente la circunstancia que le habían arrojado piedras y botellas y que, para repeler y hacer cesar la acción, se habían efectuado dos disparos al aire con la escopeta de la movilidad. Sin embargo no consta esa novedad en la frecuencia, según surge de la prueba instrumental legítimamente incorporada al debate (fundamentos de fs. 372).

En virtud de ello, entendió el juez de sentencia que se encuentra debidamente probado que Pereyra junto a Furnari, introdujeron datos falsos en las actuaciones judiciales (acta de procedimiento y acta de croquis ilustrativo), que dieron origen a las autos N° 152.495/12, a fin de intentar disimular la conducta ilícita desplegada con anterioridad en perjuicio de Sebastián Araya.

Conforme lo expuesto, entiendo –tal como adelantara– que no se advierten en el dictum cuestionado los vicios denunciados por el recurrente, toda vez que en el desarrollo de sus fundamentos el juzgador motivó de una manera lógica y convincente la acreditación de los hechos y la responsabilidad que le cupo al imputado Pereyra Carballo en los mismos.

En otro orden, la defensa de Furnari Sosa entiende que ha existido una errónea valoración de los elementos de juicio incorporados al debate, como así también, la omisión de ponderar elementos de juicios relevantes.

Tal como advertí ut supra, de la lectura del dictum cuestionado se advierte que no existe arbitrariedad en el razonamiento del juez sentenciante que autorice a anular la sentencia que se pretende impugnar, por lo que los agravios esgrimidos por el recurrente tampoco puede tener acogida favorable.

De este modo, y en relación a las contradicciones en punto al horario en que habría acontecido el hecho, consideró el sentenciante que el transcurso del tiempo entre el hecho objeto del proceso y la realización

del debate es una circunstancia que explica acabadamente algunas divergencias que pudieran interpretarse en relación al horario en que el suceso se perpetró, las que no pueden ser consideradas como dirimentes.

No obstante ello, consideró que la versión brindada por la víctima Sebastián Araya, se ha mantenido esencialmente inalterable desde la denuncia que formulara el día 29 de octubre del 2012; es decir, a más de cinco años de haberla formulado. Agregó el a quo que esta versión de los hechos encuentra sustento en lo declarado por Graciela Oros y Vanesa Araya, madre y hermana de Araya, respectivamente, quienes fueron testigos presenciales del hecho. Asimismo, precisó el sentenciante que, tal como surge del acta de procedimiento de fs. 3, lo percibido por los funcionarios actuantes en tal oportunidad, de parte de los familiares de las víctimas, resulta coincidente en lo esencial con lo que narraron ante el tribunal, no obstante el tiempo transcurrido (fundamentos de fs. 371 vta.).

Se agravia también la defensa de algunas circunstancias debidamente acreditadas que darían cuenta que el hecho no sucedió tal como lo narraron los testigos. Así, cuestiona que la mancha hemática constatada por la Oficial Fernández no se encontró frente al domicilio de Araya donde supuestamente aconteció el hecho, sino a 40 metros del domicilio.

A diferencia de lo sostenido por el recurrente, entiendo que el sentenciante justificó acabadamente la presencia de la mancha hemática en el lugar referido. Así, el a quo merituó que «[...] sin perjuicio que no se demostró a quién pertenecía la sangre y suponiendo que fuese de la víctima, ya se ha demostrado por qué razón se localizó en el lugar que describe en croquis de fs. 4. Los mismos actuantes afirmaron que la Araya Oro se desplazaba hasta la esquina para esperar a su mujer» (fundamentos de fs. 373 vta.).

Alega también la defensa que el juez de sentencia no se expidió sobre la pericia que indica que las vainas servidas aportadas por la familia Araya, no fueron disparadas por las armas de los actuantes, intentado a partir de ello construir la hipótesis que el hecho tuvo lugar a las 22:30 hs., tal como lo sostienen los testigos, y después se intentó atribuir la responsabilidad por el hecho a Furnari y Pereyra que se encontraban patrullando por la zona.

Sin embargo, el impugnante omite toda consideración en relación al razonamiento del a quo sobre el hallazgo de la vaina servida encontrada por Policía Científica en la acequia frente al domicilio de Araya donde, según todos los testigos, aconteció el hecho, y que se condice con el arma reglamentaria perteneciente a Furnari, de acuerdo a lo informado por Balística Forense (fs. 39/43).

De este modo, entendió el sentenciante que no sólo la prueba testimonial señala a Furnari como el autor del disparo que lesionó a Araya, sino que existe prueba objetiva que concluye de idéntico modo y corrobora categóricamente la versión brindada por los testigos.

Frente a la contundencia del referido indicio, entendió el a quo –acertadamente a mi criterio– que la circunstancia referida por la defensa de no encontrar más vainas servidas en el lugar, no tienen la virtualidad suficiente para enervar la conclusión sobre la participación de Furnari en el hecho que se le endilga (fundamentos de fs. 373 vta.).

Del mismo modo, no pueden prosperar los agravios referidos a que no es peritable la porción de encamisado extraído del cuerpo de la víctima, o los distintos motivos que pudo tener Furnari Sosa para perpetrar el hecho ya que –tal como lo sostiene el Procurador General–, por un lado, la motivación no constituye un elemento del tipo que deba acreditarse para considerar que se configura el tipo penal; y, por el otro, recurriendo al método de la supresión mental hipotética, las circunstancias apuntadas por el quejoso no tienen incidencia en el razonamiento del sentenciante que lo llevaron a concluir sobre la materialidad del hecho y la participación de Furnari y Pereyra en los hechos que se les atribuye.

En otro orden, entiendo que tampoco le asiste razón al impugnante en tanto sostiene que los dichos del imputado Furnari no fueron valorados por el sentenciante.

En efecto, el juez a quo no sólo desvirtuó los dichos de ambos imputados en el desarrollo de los fundamentos, sino que también precisó las contradicciones en la que incurrieron Furnari Sosa y Pereyra Carballo, en cuanto a si dieron o no novedad al CEO, y la falta de prueba que acredita tal extremo.

Puntualizó al respecto el sentenciante que Pereyra aseveró que no disparó su arma en toda la noche y Furnari dijo que los únicos disparos fueron los que habría efectuado con su escopeta, negando haber utilizado un arma 9 mm. Sin embargo, del informe técnico de la División Balística de fs. 43, se desprende que las dos vainas servidas calibre 12 UAB secuestradas fueron percutidas por la escopeta perteneciente a Pereyra.

De esta manera, se evidencia que las distintas versiones brindadas por los imputados no encuentran sustento en elementos de juicio objetivos, los que fueron legítimamente incorporados al debate (fundamentos de fs. 373 vta.).

Finalmente, entiendo que el método de interpretación de la prueba utilizado por el sentenciante en el sub-lite, es el que ha sostenido esta Sala en numerosas ocasiones anteriores, determinando que «[...] los elementos de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos. Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta;[...]» (L.S. 388- 219). Y que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 381-233; 382-107; 388-219; 398-42)» (L.S. 401-188).

Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por las respectivas defensas, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representan, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que el juez sentenciante en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención de los acusados en los hechos que se les endilgan.

Por lo tanto, y en opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar los recursos de casación deducidos por las defensas de Javier Oscar Pereyra Carballo y Sergio Ivan Furnari Sosa.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr Valerio. Adhiere. Dr Adaro omite pronunciamiento.

Sobre la misma cuestión el Dr. José V. Valerio adhiere, por sus fundamentos al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. José V. Valerio, adhiere al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. José V. Valerio, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

Resuelve:

1.- Rechazar los recursos de casación deducidos a fs. 380/384 y 385/396 por la defensa de Javier Oscar Pereyra Carballo y Sergio Ivan Furnari Sosa, respectivamente y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 4.796 dictada por la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de la Dra. Nélica María Basso y el Dr. Rodrigo Alberto Brú para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

8- CEJAS REVECO. 16-05-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcCRIG.pdf

Lex: Art. 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP. Ley 26485.

Vox: Lesiones leves dolosas agravadas. Amplitud probatoria. Perspectiva de género. Ciclo de violencia.

Summa:

El **Juzgado Penal Colegiado** N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó al señalado a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional; por resultar autor penalmente responsable del delito de lesiones leves agravadas por haber mediado una relación de pareja, previsto y penado por el artículo 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP.

La **defensa técnica** de I. G. C. R. interpone recurso de casación.

El señor **Procurador General** entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto. Así, considera que en la sentencia recurrida el a quo valoró el testimonio brindado por la víctima aplicando el principio de amplitud probatoria que rige respecto de los hechos de violencia de género, lo que fue corroborado con la constancia del funcionario policial, la que da cuenta de las lesiones sufridas por la víctima.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 43, pronunciada por el JPC N° 3- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Fernández Ortega y otros Vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

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

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04396487-3/1((028503-21092))

F. C/ C. R. I. G. POR LESIONES CALIFICADAS, AMENAZAS Y VIOLACION DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL (21092)(0230) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

104475741

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04396487-3/1, caratulada "FC/ C. R. , I. G. P/ LESIONES LEVES AGRAVADAS POR HABER MEDIADO UNA RELACION DE PAREJA".

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

La defensa técnica de I. G. C. R. interpone recurso de casación (fs. 117/122) contra la Sentencia N° 43 (fs. 110) y sus fundamentos, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado N° 3 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó a I. G. C. R. a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional; por resultar autor penalmente responsable del delito de lesiones leves agravadas por haber mediado una relación de pareja, previsto y penado por el artículo 89, en función de los artículos 92 y 80 inc. 1° del CP.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El magistrado interviniente entendió acreditado que «el día 14 de febrero del 2015, aproximadamente a las 9:00 hs., la víctima J. L. G. se encontraba en su domicilio sito en calle ..., momentos en que ingresó al mismo su ex pareja, el encartado I. G. C. R. , y luego de insultarla, le tiró los pelos, le dio un golpe de puño en el rostro a la altura del ojo derecho, en la boca y en la parte posterior de la oreja derecha. Seguidamente tomó un cuchillo, se le abalanzó encima produciéndole un corte en la pierna derecha a la altura de la rodilla, produciéndole lesiones».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró principalmente la descripción de los hechos brindada por la víctima en el acta de denuncia, la declaración testimonial prestada por L. en audiencia de debate, certificado médico obrante a fs. 4, y demás elementos de juicio incorporados en el debate.

II.- Recurso de casación

El defensor de I. G. C. R. promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475 inc. 2° del CPP, por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Sostiene el recurrente que en el dictum no se han observado las normas que el código de procedimiento establece bajo pena de nulidad (art. 416 inc. 4), ello por cuanto el juez de sentencia arribó al estado de certeza en base a indicios anfibológicos que no pueden válidamente fundar la condena contra su asistido.

En este orden de ideas, entiende que el a quo al valorar la prueba fundamentó su decisión tomando como criterio rector la «**amplitud probatoria**», a partir de lo cual entendió que existía una situación de violencia contra la mujer. Sin embargo, afirma el recurrente que esta circunstancia no ha sido acreditada por el

Ministerio Público Fiscal, ya que nunca se realizó una encuesta ambiental, una pericia al imputado para acreditar su condición de «violento», como así tampoco se realizó una pericia psicológica a la víctima a fin de conocer su condición de inferioridad en relación a C. R..

Afirma que el a quo al merituar la prueba le otorgó preeminencia al relato de los hechos brindados por la víctima en la denuncia y no a lo declarado por ésta en audiencia de debate, vulnerando de este modo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Ello por cuanto la versión de los hechos brindada en ambas oportunidades difieren sustancialmente, no pudiendo precisar L. en su segunda declaración prestada en audiencia de debate, en forma clara, precisa y circunstanciada en qué circunstancias sucedió el hecho y cómo fue que su asistido le habría propinado un golpe en el ojo.

Puntualiza al respecto, que J. L. al declarar en audiencia de debate, en un primer momento aseguró que no recordaba lo que había acontecido el día de los hechos, y sólo luego de ser interrogada por la señora Fiscal, pudo acordarse que el día indicado sólo discutieron, aclarando que pelearon con las manos y que las lesiones fueron producto de una caída en el contexto de la pelea.

Agregó –ante una pregunta del Ministerio Público Fiscal– que sólo se lastimó en la pierna y que la denuncia la formuló porque tenía «bronca» y estaba enojada con el imputado.

Explica el recurrente, que debe ponderarse en este caso que L. al momento de formular la denuncia no se encontraba bajo juramento de decir la verdad, perfeccionándose el acto procesal a espaldas de la defensa, sin control ni contradicción alguna por su parte. Por ello, por principio general, debe primar la declaración brindada en audiencia de debate.

Se agravia el recurrente, que el sentenciante corroboró el testimonio de la víctima en base a una constancia labrada por un funcionario policial que dio cuenta de las lesiones sufridas por J. L..

Destaca en relación a las lesiones, que J. L. manifestó en la denuncia que C. la habría lesionado con un solo golpe de puño la boca, la oreja y el ojo derecho, mientras que en la referida constancia que obra a fs. 4, expresa que la lesión se produjo sólo en el ojo izquierdo.

Respecto de la idoneidad probatoria de la prueba de informes, cita doctrina y transcribe párrafos en donde se explica la importancia de verificar el contenido de los informes con los registros respectivos, o con el prestigio de la institución que los produce, si el informe proviene de una institución de carácter privado.

Por todo lo expuesto, entiende que el juzgador ha efectuado una fundamentación contraria a las reglas de la sana crítica racional, ya que no ha observado las reglas del recto entendimiento humano y la lógica al merituar la prueba incorporada al debate.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto. Así, considera que en la sentencia recurrida el a quo valoró el testimonio brindado por la víctima aplicando el principio de amplitud probatoria que rige respecto de los hechos de violencia de género, lo que fue corroborado con la constancia del funcionario policial, la que da cuenta de las lesiones sufridas por la víctima.

En relación al agravio sobre la orfandad probatoria, entiende que ello no obsta a que el a quo pueda considerar acreditado el hecho a partir de la sola testimonial de la víctima, ello conforme la perspectiva de género que permite una amplitud probatoria en casos de violencia de género.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

Preliminarmente, encuentro oportuno y necesario abordar las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de determinar posibles responsabilidades penales respecto de hechos de violencia contra la mujer en razón de su género; y, en ese orden, analizar los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, a la que los operadores del derecho deberán adaptarse a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme he señalado en pronunciamientos anteriores, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima. **(Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

A nivel nacional la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece que la investigación debe realizarse bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (ver «**Galdeano Reyes**, Juan José»).

Expresamente referí en aquella oportunidad que: «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional. En este sentido, se advierte que a partir de todos los indicios recaudados en la investigación y reproducidos en audiencia oral, construyó la convicción que los hechos acontecieron en los términos relatados por la víctima al momento de formular la denuncia.

Es decir, la versión de los hechos brindada por la víctima J. en forma inmediata a la perpetración del hecho, resultaron relevantes para el juzgador a fin de determinar la materialidad de los ilícitos investigados y la intervención que le cupo al imputado en ellos. Entendió el a quo, que las lesiones referidas por la víctima en dicho acto procesal se corresponden con las descriptas en el informe de fs. 4, lo que constituyó para el sentenciante un elemento de corroboración objetivo en el contexto valorativo.

En este entendimiento, interpretó el a quo que el desestimiento de los hechos por parte de la víctima en oportunidad de declarar en audiencia de debate, en donde manifestó no recordar el hecho, admitiendo – después de ser interrogada por la Fiscal– que sólo había tenido una discusión con el imputado, producto de la cual se habían golpeado con las manos, y se había lesionado como consecuencia de una caída, no tenía la virtualidad desincriminante que pretendía atribuirle la defensa.

En este contexto, interpretó el juez de sentencia –acertadamente a mí criterio– que las retracciones en el relato de la víctima se deben interpretar como propio del ciclo de violencia. En este entendimiento, ponderó que el acusado –padre de sus hijos– enfrentaba la posibilidad cierta de una sentencia condenatoria, circunstancia que podía influenciar en el ánimo de la víctima. Destacó además que existía prueba de carácter objetivo que sostiene la hipótesis del titular de la acción pública.

Entiendo acertado el razonamiento del juez en relación a las contradicciones de la víctima referidas por la defensa, desde que la necesaria perspectiva de género en el juzgamiento de hechos de violencia contra la mujer, es lo que permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desestimiento de la denuncia, tal como aconteció en el caso bajo estudio.

Tampoco puede prosperar la queja referente a que lo manifestado por la víctima en el acta de denuncia no estuvo sometido al principio del contradictorio desde que, tal como surge del material audio-visual y lo reconoce el propio recurrente, el acta de denuncia fue incorporada válidamente al debate, a pedido del Ministerio Público Fiscal y con el consentimiento de la defensa, en los términos del art. 401 inc. 1 del CPP. Cabe puntualizar que justamente las contradicciones entre ambas declaraciones fueron el núcleo de los alegatos de ambas partes, y en torno al cual el a quo desplegó su razonamiento, lo que evidencia que ambos elementos de juicio fueron debidamente sometidos al principio del contradictorio.

En relación al agravio dirigido a cuestionar el valor probatorio del informe obrante a fs. 4, en donde el funcionario policial dejó constancia de la comunicación mantenida con el Dr. M. C. del Hospital Regional de Malargue, quien al examinar a la víctima constató en ella una «herida punzo cortante en muslo derecho y hematoma en ojo izquierdo», entendió el sentenciante que las críticas formuladas por la defensa en cuanto a su valor probatorio no resultaban relevantes en orden a acreditar la ocurrencia del hecho.

En tal sentido, sostuvo que si bien le asistía razón a la defensa que no obraba en autos certificado médico que acreditara en forma fehaciente las lesiones que sufrió la víctima, entendió que tal extremo se confirma no sólo con el cuestionado informe, sino que también tal circunstancia se desprende de lo manifestado por la víctima en audiencia de debate en donde, no obstante su reticente e imprecisa declaración, reconoció el hecho, más allá de los intentos por modificar el origen o las circunstancias en que acontecieron las lesiones.

Por otro lado, coincido con el Procurador General en cuanto resultan irrelevantes las diferencias apuntadas por el recurrente entre lo manifestado por la víctima J. y la referida constancia, en relación al ojo efectivamente lesionado, ya que tal diferencia puede razonablemente atribuirse a un error de la víctima al momento de formular la denuncia.

Por último, y en relación a la aplicación del principio in dubio pro reo impetrado por la defensa, debo señalar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» sostuve que, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Aplicando estos conceptos al presente caso, entiendo que el juzgador en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención del acusado en el mismo.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Ahiera.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 117/122, por la defensa del encausado I. G. C. R..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO

Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO

Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia

(arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de mayo de 2019.-

9- DEVIA GONZALEZ. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-2°
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=64>

Lex: Art. 94, 2° párrafo y 90 en función con el art. 84 del CP. Art. 2 del CPP.

Vox: Lesiones. Querellante. Casación. Absolución. Beneficio de la duda. Valoración de la prueba. Falta de motivación y fundamentación del recurso. Improcedencia formal. Principio de razón suficiente.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** de la Tercera Circunscripción Judicial, absolvió a Santos Vicente Devia González del delito de lesiones culposas graves calificadas (art. 94 segundo párrafo y 90 en función con el art. 84 del Código Penal) por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

El **querellante particular** interpone recurso de casación contra la sentencia absolutoria.

El **Procurador General** entiende que corresponde el rechazo formal del recurso de casación incoado por el querellante particular.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2710, pronunciada por el Juzgado Correccional N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Gatica Toledo. 02-03-18- https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180302_FcGTM.pdf

Doctrina citada.

PASTOR, Daniel “La nueva imagen de la casación penal”, Ad-Hoc, 2.001, p. 150/1.

Parágrafo destacado

“...el sentenciante adecuadamente concluyó que existían dudas más que razonables sobre las circunstancias fácticas del hecho imputado, en especial, la participación que le fue enrostrada al imputado Devia González. Por ello acertadamente concluyó, que afirmar lo contrario importaría infringir el principio de razón suficiente, ya que no se había podido excluir, con la prueba rendida en la audiencia, la hipótesis contraria sostenida por la defensa.”

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

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04191762-2/1((031201-65594))

FISCAL Y QUERELLANTE C/DEVIA GONZALEZ SANTOS VICENTE P/LESIONES CULPOSAS GRAVES CALIFICADAS (65594) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

104258476

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04191762-2/1, caratulada “F. y querellante particular c/ devia gonzález, santos vicente p/ lesiones culposas graves calificadas s/ recurso ext. de casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Mario D. Adaro; segundo Dr. Omar A. Palermo y tercero Dr. Jose V. Valerio.

El querellante particular interpone recurso de casación (fs. 518/521) contra la Sentencia N° 2.710 (fs. 495) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a Santos Vicente Devia González del delito de lesiones culposas graves calificadas (art. 94 segundo párrafo y 90 en función con el art. 84 del Código Penal), en la causa N° P-65.594/13 por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercero: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. Mario D. Adaro dijo:

I.- Sentencia recurrida

El primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial, absolvió a Santos Vicente Devia González del delito de lesiones culposas graves calificadas (art. 94 segundo párrafo y 90 en función con el art. 84 del Código Penal) por el beneficio de la duda (art. 2 CPP).

Para decidir en tal sentido, el sentenciante entendió que no se encuentra probada –con grado de certeza propio de una sentencia de condena– la participación del imputado Devia González, en tanto entendió que del análisis del plexo probatorio no se ha podido determinar, en grado de certeza, las circunstancias modales de producción de esa lesión y la intervención que se le atribuyó al imputado. Asimismo, consideró que estos elementos probatorios impedían descalificar de manera tajante la versión que introdujo el imputado al momento de declarar.

En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica que se considera insuficientemente probada, de la cual surgiría que «El día 8 de julio de 2013, siendo las 19:30 horas aproximadamente, en oportunidad en que la víctima, Elena Atilia Aguilera, circulaba en su bicicleta por calle Falucho de la ciudad de Rivadavia con dirección hacia el oeste; Santos Vicente Devia González lesionó a la víctima, tras embestirla desde atrás con el colectivo de la empresa Diketours S.R.L, interno 27, que Santos Vicente Devia conducía, provocando que la víctima cayera al suelo, lo que le produjo politraumatismo frontal y desplazamiento de fémur izquierdo, con un tiempo probable de curación e incapacidad laboral de sesenta días».

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente valoró, principalmente, las declaraciones testimoniales de Rodolfo Moreno, Juan Carlos Salinas, Cecilia Páez, Mirta Albornoz e Idolia Loren Pinto; el

acta de denuncia; los informes técnicos agregados a fs. 110, 283/285 y 370/371, y los demás elementos de juicio válidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

El querellante particular interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme el inciso 2 del art. 474 CPP, esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in procedendo.

El recurrente alega que la sentencia tiene una fundamentación arbitraria, la cual se conecta con una errada valoración de la prueba. Entiende que se trataría de un caso típico de arbitrariedad y de transgresión a las reglas de la sana crítica racional.

Sostiene en este sentido, que el juez de sentencia no ha valorado los indicios claros y precisos que permiten llegar al estado de certeza para la atribución de responsabilidad, esto es, testigos independientes y presenciales que corroboran de manera concluyente los dichos de la víctima. No obstante ello, se realizó una valoración parcial de los indicios, que debieron ser ponderados en forma conjunta, general y concatenada.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 547/548 dictamina el Procurador General, quien entiende que corresponde el rechazo formal del recurso de casación incoado por el querellante particular.

Ello así, por entender que el recurrente no ha concretado ninguno de los agravios enunciados. Así, el quejoso indica que existiría en la sentencia una fundamentación arbitraria y una falta de motivación en la valoración de pruebas, lo que sólo menciona diciendo que habrían testigos independientes y presenciales que corroborarían los dichos de la víctima, sin establecer en qué consistiría la falta de fundamentación y de motivación.

Concluye en que no se han concretado ninguno de los agravios señalados, por lo que se pretende que se los infiera, tarea que le corresponde establecer al recurrente en forma clara y precisa, razón por la cual corresponde el rechazo formal de la impugnación.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante

Del análisis del recurso formulado y de la pieza procesal objetada, surge que aquél debe ser rechazado, puesto que no convergen en la última los defectos señalados por el censurante.

De manera preliminar, corresponde señalar que examinadas las condiciones de admisibilidad del recurso surge su improcedencia formal. Ello por cuanto este Cuerpo ha dicho que «la pretensión reprobatoria, también debe cumplir con unos requisitos argumentales que incluso lingüísticamente la habiliten como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir con eficacia su mensaje desaprobatorio de la decisión impugnada» (ver «**Gatica Toledo**»).

«Sólo frente a tales piezas que se bastan a sí mismas, que son comunicativamente autosuficientes, el tribunal puede lógicamente producir la decisión final que debe recaer en definitiva sobre la acusación originaria» (**Pastor, Daniel “La nueva imagen de la casación penal”, Ad-Hoc, 2.001, p. 150/1; L.S. 360-52, entre otros**).

Estos términos son enteramente aplicables al presente, ya que el recurrente no concreta sus agravios, lo que impide que el Tribunal los conozca y aborde, limitándose a expresar ideas genéricas, tales como que la sentencia no se encuentra fundada o que es arbitraria. Expresa en tal sentido que el juez a quo no valoró debidamente la declaración de testigos independientes y presenciales que corroboraron de manera concluyente los dichos de la víctima, sin realizar una crítica de los fundamentos desarrollados por el sentenciante en el dictum cuestionado.

Más allá de lo señalado, debe decirse que no se advierten defectos en la valoración de la prueba por parte del sentenciante.

De este modo, surge del dictum cuestionado que el a quo valoró adecuadamente cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento del juez de sentencia vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria.

En efecto, el sentenciante entendió que las circunstancias modales de producción de la lesión sufrida por la víctima no han quedado lo suficientemente esclarecidas, al menos, para descartar la hipótesis alternativa propuesta por la defensa, quien sostuvo al momento de los alegatos que su asistido no tuvo participación en el hecho, y que se detuvo en el lugar para prestar ayuda a la víctima.

Para llegar a tal conclusión, entendió que los acusadores realizaron un análisis parcial y sesgado del material probatorio, en el sentido de que no se hicieron cargo de la prueba que desvirtuaba la intervención del acusado en el hecho.

En primer lugar, el a quo ponderó lo declarado por testigos que se encontraban en un local comercial ubicado en el lugar del hecho. De este modo, a partir de lo declarado por Rodolfo Morón (dueño del local) y Juan Carlos Salinas (ocasional cliente del lugar, cuyo testimonio se incorporó por lectura, con la conformidad de las partes), el juez de grado reconstruyó los primeros momentos posteriores al acontecimiento del hecho.

Resultó relevante en este sentido, lo declarado por Juan Carlos Salinas, quien fue el primero en llegar a auxiliar a la víctima Aguilera. Al respecto valoró el a quo que «como a los dos minutos, Salinas salió a ver y observó a la señora que se arrastraba como pidiendo ayuda. Que en eso venía llegando un colectivo. Que le preguntó a la señora quién la había atropellado y la señora «no lo sabía». Que el primero en llegar fue el declarante, es decir, Salinas –que dijo no salió inmediatamente, sino a los dos minutos–, luego el chofer que hizo marcha atrás y se bajó del colectivo, luego el Sr. Morón[...]» (fundamentos de fs. 508).

Aclaró el sentenciante que la declaración de Salinas, que fue recibida en la investigación penal preparatoria con directo control de todos los interesados (Fiscal, querellante y defensa), indicaba con toda claridad, que no fue el colectivo el que atropelló a la víctima.

Refirió también el a quo que esta versión de los hechos fue ratificada por Rodolfo Morón, en el sentido que aseguró que salió del negocio para ver lo acontecido unos minutos después de Salinas. Así, el testigo refirió que al preguntarle a la víctima quién la había atropellado, ésta indicó que había sido un auto blanco. A partir del análisis conjunto de estas testimoniales, entendió el juez a quo que «[...] no se comprende cómo, a partir de esta testimonial (Morón), los acusadores afirman la inmediatez de la presencia del colectivo en el lugar del hecho y a partir de estos indicios derivan que el chofer del colectivo fue quien la atropelló» (fundamentos de fs. 508 y vta.)

En relación a las pasajeras del colectivo (Cecilia Paez, Mirta Albornoz y Idolia Pinto), en cuyas testimoniales el querellante –según entiendo– pretende construir la responsabilidad del imputado Devia González, con prescindencia de lo declarado por los testigos analizados supra, el sentenciante –contrariamente a lo sostenido por el recurrente– brindó las razones por las cuales les restó valor probatorio a estas testigos.

En efecto, luego de destacar las coincidencias y las importantes divergencias en la versión de los hechos brindada por los testigos, meritó el a quo las circunstancias en que las referidas testigos pudieron percibir a la víctima. En este orden expresó que «[...] comparto la objeción del defensor, en especial, respecto de las testigos que afirmaron observar la bicicleta Mirta Albornoz e Idolia Pinto, en el sentido que es difícil sostener, que encontrándose sentadas en un colectivo, desde el tercer asiento y más aún desde el último, con oscuridad en el exterior y luz en el interior del colectivo, y con gente que viaja parada, adviertan la presencia de la bicicleta sobre la banquina, observando desde sus lugares por el parabrisas delantero. No digo que sea imposible, sí que es controvertible por las circunstancias apuntadas» (fundamentos de fs. 508 vta.).

Este estado de duda no pudo ser superado a través de otros elementos de juicio. De este modo, entendió el sentenciante que de los sucesivos informes técnicos que elaboró personal de policía científica, no se pudo extraer conocimiento apto para ser controlado por las partes, debido a las circunstancias que rodearon su realización, esto es, fue realizado a meses de ocurrido el hecho y sin resguardo de los elementos a analizar.

Agregó el a quo que, no obstante ello, del contenido de los distintos informes no se podía inferir la intervención del colectivo conducido por el acusado en el accidente de tránsito del que resultaron las lesiones de Aguilera. (fundamentos de fs. 509 vta.).

En virtud de lo expuesto, el sentenciante adecuadamente concluyó que existían dudas más que razonables sobre las circunstancias fácticas del hecho imputado, en especial, la participación que le fue enrostrada al imputado Devia González. Por ello acertadamente concluyó, que afirmar lo contrario importaría infringir el principio de razón suficiente, ya que no se había podido excluir, con la prueba rendida en la audiencia, la hipótesis contraria sostenida por la defensa.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con el Procurador General, entiendo que corresponde responder de manera negativa la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el Dr. José V. Valerio, adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. José V. Valerio adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. José V. Valerio adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 518/521 por el querellante particular.
 - 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. José Roberto Acieff para su oportunidad.
 - 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
 - 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.
- Regístrese. Notifíquese.

10- GARAY AGUEROS. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-3°	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcGaray.pdf

Lex: Art. 89 CP. Art 67 CP.

Vox: Lesiones. Prescripción. Actos interruptivos. Comisión de nuevo delito. Violación de las reglas de concurso no modifica causales de interrupción de la prescripción.

Summa:

El **JPC 1° CJ** rechazó la excepción de prescripción de la acción penal atento a que la misma se vio interrumpida por la comisión de nuevo delito.

La **defensa** interpuso recurso de casación entendiendo que los hechos posteriores (con condena) debieron tratarse en conjunto con la causa en trámite, por ende, como ello no sucedió había transcurrido el plazo del art. 67 del C.P. (de conf. con el inc. 1 del art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido por cuanto en encartado tuvo dos condenas por hechos posteriores al hecho investigado en los presentes. Consideró que no hubo violación de las reglas de concurso ni de las reglas del cómputo de la prescripción. La **SCJM** rechazó el recurso de casación por estar bien computados los plazos de la prescripción por el *a quo* y por considerar que no había operado la prescripción.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1- 1° CJ.

Parágrafo destacado

“...los hechos delictivos con capacidad interruptiva del curso de la prescripción no resultan atribuibles a la administración de justicia, sino al propio imputado, por lo cual no se advierte violación alguna de la garantía del plazo razonable (...) si bien es cierto que las sentencias dictadas en los autos N° 12.021/16 y 2.668/18 condenaron a Luis Garay por hechos posteriores a los investigados en la presente causa –lo que podría transgredir las reglas establecidas para el concurso de delitos–, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta por el tribunal de juicio al momento de resolver la situación procesal del imputado a través del debate oral y público y sólo en caso de recaer condena contra el mismo, pero en modo alguno autoriza a introducir modificaciones en relación a lo dispuesto por la norma de fondo respecto de las causales interruptivas de la prescripción”

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

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04406390-9/1((018501-129195)) F. C/ GARAY AGUERO LUIS LISANDRO P/ LESIONES LEVES (126195) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104486127*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04406390-9/1, caratulada "F. C/ GARAY AGÜERO LUIS LISANDRO P/ LESIONES LEVES (126195) P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

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

La defensa de Luis Lisandro Garay Agüero interpone recurso de casación (fs. 174/176) contra la resolución de fs. 171 emanada del Primer Juzgado Penal Colegiado que rechaza la excepción de prescripción de la acción penal del delito investigado en autos (art. 67 C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante rechazó la excepción de prescripción de la acción penal planteada por la defensa del imputado (fs. 171 vta.). Ello en tanto, consideró que el término de la prescripción conforme lo dispuesto por el art. 67 inc. a) del C.P. se interrumpió debido a la comisión de un nuevo delito, con lo cual, desde el punto de vista estrictamente normativo, el pedido de la defensa no debía prosperar.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de Luis Garay considera que la sentencia referida padece vicios in iudicando, conforme lo establecido por el inc. 1 del art. 474 de la ley de rito.

En concreto, expresa que se ha interpretado erróneamente la norma que estatuye el art. 67 del C.P. Argumenta que la acción penal del delito investigado en autos se encuentra prescripta y corresponde dictar el sobreseimiento del imputado, toda vez que el decreto de avoque es de fecha 23 de diciembre de 2015 y la imputación formal por los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo en concurso ideal con amenazas simples, tuvo lugar en fecha 18 de abril de 2016. Por lo cual, la prescripción de la acción penal de los delitos investigados tuvo lugar en fecha 23 de diciembre de 2017.

El recurrente entiende que el juez interviniente desestimó incorrectamente la excepción de extinción de la acción penal con base en que existieron sentencias condenatorias con posterioridad al hecho imputado. Así, estima violadas las reglas que rigen el concurso real de delitos, en tanto las causas P-12021/16 y P-2668/18, respecto de las cuales fueron dictadas sentencias condenatorias, corresponderían a hechos posteriores al hecho investigado en los presentes obrados y, en consecuencia, en oportunidad de resolverse estos procesos debió considerarse la presente causa que se encontraba en trámite.

Agrega, con citas genéricas a tratados internacionales de jerarquía constitucional, que de continuarse con este proceso se vulneraría la garantía del imputado a ser juzgado en un plazo razonable.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 192 y vta.). Sostiene que la clara redacción del sexto párrafo, inc. a) del art. 67 del C.P. establece que la prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito, lo cual se ha constatado en el caso de Luis Garay. Así, surge de autos que, si bien el encartado fue condenado por el Primer Juzgado de Flagrancia en fecha 31 de octubre de 2016 y por el Tercer Juzgado Correccional el 29 de enero de 2018, ambos hechos delictivos por los cuales fue juzgado y condenado fueron cometidos con posterioridad al hecho investigado en las presentes actuaciones. Todo ello, conduce al titular del Ministerio Público Fiscal a concluir que no se advierte ninguna violación de las reglas del concurso ni de las reglas del cómputo de la prescripción.

IV.- La solución del caso

Voto preopinante. Dr. Valerio

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

El recurso defensivo se dirige a cuestionar la interpretación que el a quo ha efectuado en relación con las causales interruptivas de la prescripción de la acción penal y su aplicación al caso concreto. Sostiene que las sentencias condenatorias a que alude la decisión impugnada no deben ser consideradas como causales de interrupción, puesto que resultan ser producto de la vulneración de las reglas que rigen los concursos delictivos.

En ese orden de ideas, en primer lugar, cabe recordar que el art. 67 del C.P. en su cuarto párrafo establece, en lo que aquí interesa, que «[l]a prescripción se interrumpe solamente por: a) la comisión de otro delito; [...]». Esta causal implica que el mismo sujeto que cometió el hecho anterior – cuya prescripción se encuentra en curso– realice una nueva actividad delictiva y que respecto de este ilícito interruptor recaiga sentencia firme que lo declare. A su vez, cabe decir que el máximo de la escala penal de los delitos de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real con amenazas simples (art. 92 en función del art. 89 y art. 80 incs. 1 y 11, y art. 149 bis, todos del C.P.) es de dos años de prisión.

En segundo lugar, de la compulsa de las constancias obrantes en la causa, surge con total claridad que entre el avoque de fecha 23/12/2015 (fs. 11) y la extinción de la acción penal alegada por la defensa por cumplimiento del plazo máximo de dos años en fecha 23/12/2017, medió la comisión de un robo simple en fecha 03/02/16 por el que el nombrado fuera condenado en fecha 31/10/16 a un mes de prisión de cumplimiento efectivo por la Sala II del Segundo Juzgado de Flagrancia (causa P12.021/16, sentencia 4.134, véase fs. 70/75).

Asimismo, el nuevo plazo de la prescripción a computarse a partir de la comisión de aquel delito, se interrumpió nuevamente en fecha 08/01/2018 cuando Luis Garay cometió el delito de resistencia a la autoridad, por el que fuera condenado a la pena de un mes de prisión en efectivo por el Tercer Juzgado Correccional en fecha 29/01/2018 (causa P-2.668/18, Sentencia N° 6.036, véase fs. 61 vta.).

Ahora bien, el curso de la prescripción se comprueba interrumpido, finalmente, por el requerimiento de citación a juicio de fecha 20/04/2018. Así, el plazo máximo para su ejercicio, conforme las constancias obrantes en las presentes actuaciones, acaba fijado para el día 20/04/2020, a contar desde el requerimiento de citación a juicio y, siempre que no se constataren actos procesales interruptivos o la comisión de otro delito de parte del imputado.

En consecuencia, comparto la solución adoptada por el a quo, al considerar que el curso de la prescripción se ha visto interrumpido en dos oportunidades por condenas dictadas contra Luis Garay, por hechos posteriores al ventilado en el marco de las presentes actuaciones. Asimismo, los hechos delictivos con capacidad interruptiva del curso de la prescripción no resultan atribuibles a la administración de justicia, sino al propio imputado, por lo cual no se advierte violación alguna de la garantía del plazo razonable.

En otro orden de ideas, si bien es cierto que las sentencias dictadas en los autos N° 12.021/16 y 2.668/18 condenaron a Luis Garay por hechos posteriores a los investigados en la presente causa –lo que podría transgredir las reglas establecidas para el concurso de delitos–, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta por el tribunal de juicio al momento de resolver la situación procesal del imputado a través del debate oral y público y sólo en caso de recaer condena contra el mismo, pero en modo alguno autoriza a introducir modificaciones en relación a lo dispuesto por la norma de fondo respecto de las causales interruptivas de la prescripción.

En conclusión, entiendo que la resolución puesta en crisis ha sido dictada de acuerdo a las constancias de la causa y conforme lo establece la norma de fondo, sin vulneración alguna de las garantías aludidas por el recurrente.

Con base en las consideraciones precedentes, estimo que ha de rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa oficial de Luis Garay.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 174/176 por la defensa oficial de Luis Lisandro Garay Agüero.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

11- EFIMECO SUAREZ. 12-06-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcEfimenco.pdf

Lex: Art 89, 55, 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP.

Vox: Lesiones leves dolosas. Amenazas. Concurso Real.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de a la pena de **dos meses de prisión** en forma condicional, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas en concurso real con amenazas simples (artículos 89, 55, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso y entiende que la sentencia condenatoria atacada no se sustenta en los elementos probatorios y, consecuentemente surge como un acto jurisdiccional arbitrario.

El **Procurador General** aconseja el rechazo sustancial del recurso de casación articulado. En esa dirección entiende que el planteo de la defensa está formulado de manera abstracta y genérica y emerge como una discrepancia con la valoración del plexo probatorio. Concluye que la sentencia no está contradictoriamente motivada ni resulta ilógica, falsa o arbitraria.

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

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1495, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.*

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

(G.Q.)

Fallo:

CUIJ: 13-04643187-6/1((018502-43884)) FC/ EFIMENCO SUAREZ WILLIAM P/ LESIONES LEVES DOLOSAS (43884) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104727134*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04643187-6/1 caratulada "F. C/ EFIMENCO SUAREZ P/ LESIONES LEVES DOLOSAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa de William Alberto Efimenco Suárez interpone recurso de casación (fs. 117/118) contra la Sentencia N° 1495, que condenó al nombrado a la pena de dos meses de prisión en forma condicional como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas en concurso real con amenazas simples (artículos 89, 55, 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto del CP); fallo pronunciado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado que el 28 de mayo de 2018, siendo las 17:30 horas, en calle Tirasso y Callejón Antonelli de Rodeo de la Cruz Guaymallén, Efimenco Suárez golpeó a la víctima Diego Gustavo Ortiz Campero con su arma reglamentaria nueve milímetros propinándole un culatazo en la cara, manifestándole «te voy a matar», lo que generó temor en la persona del denunciante.

El golpe le ocasionó edema de pirámide y escoriación en pirámide nasal, lesiones que fueron constatadas por el CMF con un tiempo probable de curación menor a un mes. Posteriormente en el domicilio del sindicado, en el Barrio Las Palmeras, Mza - C, de Buena Nueva Guaymallén, Efimenco Suárez, golpeó a Rosa Adriana Aguirre Ortiz, la tía de Ortiz propinándole dos patadas en las piernas, mientras le manifestó «ya van andar tus hijos por la calle te los voy a agarrar». Los golpes le ocasionaron a Aguirre Ortiz hematoma en pierna izquierda, lesiones que fueron constatadas por Sanidad Policial con un tiempo probable de curación menor a un mes.

Para así decidir el a quo valoró principalmente las declaraciones testimoniales de César Avila, de Andrés Cutrera, de la propia víctima Diego Cantero, de Rosa Aguirre, de Gisella Calderón, elementos que le permitieron tener por acreditada la existencia del hecho, como así también la participación del encartado en el mismo.

2.- Recurso de casación

El recurso se funda en las previsiones del art. 474 inc. 2 del CPP. En ese sentido la defensa entiende que la sentencia condenatoria atacada no se sustenta en los elementos probatorios y, consecuentemente surge como un acto jurisdiccional arbitrario.

Sostiene que la sentencia no es una derivación razonada del derecho vigente y deduce que el juzgador incurre en desvíos notables, evidentes como así también en errores palmarios desde que a su criterio no

ha quedado probado que el imputado haya lesionado a Diego Ortiz Campero, o que haya existido una lesión de la que resultó víctima Rosa Adriana Aguirre Ortiz. Por los motivos expuestos solicita que la sentencia sea casada.

3. Audiencia de informe oral.

A fs. 132, se llevó a cabo la audiencia de informe oral de conformidad a lo peticionado por la defensa de Efimenco Suarez. El Dr. Patiño, reiteró los argumentos ya esgrimidos en el recurso de casación oportunamente interpuesto y, en ese sentido expresó que en la sentencia atacada se conculcaron las reglas de la sana crítica racional en el proceso de valoración de la prueba llevado a cabo por el juzgador. El Dr. Nazar intervino en la audiencia oral y solicitó el rechazo del recurso de casación articulado, por entender que el fallo atacado por vía de casación, no adolece de los vicios que pretende el recurrente. Se remitió en líneas generales al dictamen del Procurador que se encuentra agregado a fs. 128.

4.- Dictamen del Procurador General

A fs. 128 y vta. El Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo sustancial del recurso de casación articulado. En esa dirección entiende que el planteo de la defensa está formulado de manera abstracta y genérica y emerge como una discrepancia con la valoración del plexo probatorio. Concluye que la sentencia no está contradictoriamente motivada ni resulte ilógica, falsa o arbitraria.

5.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Previo a ello entiendo pertinente destacar que el recurrente ha expuesto su reclamo de manera genérica y sin sustento en las probanzas de autos. Es que ni de aquéllas, ni del registro de audio y video del debate oral, se plasman los vicios cuya existencia pretende, lo que me permite sostener que la deficiente técnica recursiva obstaculiza su adecuado tratamiento.

Esta apreciación me permite compartir el dictamen del Procurador cuando sostiene que aún cuando el recurrente manifiesta su voluntad de informar in voce, el planteo luce como abstracto y genérico, pudiendo extraerse que el vicio radicaría en la discrepancia o disconformidad con la valoración de los testimonios brindados en la audiencia.

No obstante la apreciación formulada, estimo que a fin de garantizar el derecho del imputado de recurrir un fallo adverso, y de controlar la corrección tanto material como formal de la sentencia impugnada, encuentro que el juzgador ha motivado adecuadamente la sentencia impugnada y ha ofrecido las razones por las que la hipótesis del Ministerio Público Fiscal, ha encontrado sustento en la prueba reunida en los presentes. **Por ello la crítica defensiva no logra rebatir las argumentaciones que ha brindado el sentenciante.**

En orden a lo señalado debe destacarse que el juzgador ponderó debidamente la prueba testimonial, particularmente las declaraciones de César Avila, de Andrés Cutrera y Gisela Farías y de Eduardo Luis Rivero, de la propia víctima Diego Cantero, de Rosa Aguirre, lo que le permitió adquirir la certeza necesaria para derribar la presunción de inocencia del imputado en relación a los hechos que se le imputan y que fuera consignado precedentemente. En este sentido, examinó el testimonio de Ortiz Campero quién manifestó que se encontraba colaborando con Luis Rivero para intentar arrastrar un vehículo momento en que apareció el imputado con su novia a bordo de una motocicleta y se generó una primera fase del suceso. Esto es que Efimenco Suárez y Joana Calderón increparon a Ortiz Campero por un suceso

aparentemente anterior que había visto Joana Calderon, en el que Ortiz Campero habría intentado atropellar al hijo de Efimenco Suárez y de Calderón.

En este sentido, el acusador público sustentó su hipótesis en los testimonios de Gimena Farías prestados en la audiencia en debate quién en forma coincidente con Eduardo Rivero manifestaron ser testigos presenciales del hecho y describieron detalladamente cómo el imputado sacó el arma, la cargó y la utilizó de manera impropia para provocar las lesiones en Ortiz Campero.

Luego y en relación a la segunda fase de los hechos, que tuvieron lugar el barrio Las Palmeras, Manzana C de Buena Nueva Guaymallén, en la puerta de la casa del imputado, los testimonios de los oficiales policiales Cesar Ávila y Andrés Cutrera, como los de Diego Ortiz Campero, Rosa Aguirre, Gisela Farías y Eduardo Luis Rivero, permitieron comprobar las amenazas vertidas por Efimenco Suárez, como también las lesiones sufridas por Adriana Rosa Aguirre Ortiz, a consecuencia de las patadas que el imputado le arrojó a esta última (ver fs. 21).

Con este análisis creo haber demostrado que la sentencia impugnada no adolece de los vicios pretendidos por la defensa en tanto los argumentos casatorios en esta instancia se corresponden con el planteo de meras discrepancias con el modo en que el tribunal de juicio interpretó y valoró la prueba incorporada al debate, sin rebatir los argumentos que ofreció el juzgador para descartar la estrategia defensiva y demostrar la arbitrariedad en la valoración del razonamiento judicial.

Por tales razones y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 117/118, por la defensa de William Alberto Efimenco Suárez.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Luis Daniel Patiño para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.-

12- SABEZ ARTOLA. 08-08-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190808_FcSabez.pdf

Lex: Art. 26 y 94 bis del CP. Arts. 45, 48 inc. b), 50 y 53 de la Ley 6082.

Vox: Lesiones culposas graves. Señalización de semáforos. Vehículo automotor. Deber de cuidado. Riesgo.

Summa:

El **TPC** condenó a la señalada a la pena de **tres años de prisión** de ejecución condicional y cuatro años de inhabilitación especial para la conducción de vehículos automotores

La **defensa** interpone recurso y sostiene que debido a la presencia de vicios in iudicando y vicios in procedendo, la sentencia adolece de falta de fundamentación por fundamentación aparente. Explica que el propio tribunal de mérito reconoció que la actuación del Ministerio Público Fiscal fue criticable, toda vez que produjo durante la investigación preparatoria un caudal probatorio que luego no ofreció en la etapa preliminar y que no pudo sustanciarse en la audiencia de debate. Explica que esta circunstancia determinó la ausencia de pruebas de cargo suficientes para el dictado de una condena por el delito de lesiones graves, y que, sin embargo, el juzgador no fue consecuente con ello, es decir, no dictó una forzosa sentencia absolutoria.

El **Procurador General** entiende que la sentencia impugnada debe confirmarse puesto que el recurso no resulta sustancialmente procedente. Anticipa que el fondo del planteo recursivo implica una revisión ex novo de todas las cuestiones que ya fueron planteadas en el debate y sometidas a contradicción de las partes, estrategia que no alcanza para debilitar el cuadro probatorio evaluado por el tribunal.

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 248, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

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

(G.Q.)

Fallo:

CUIJ: 13-04632165-5/1((018602-120021)) FC/SABEZ ARTOLA FLORENCIA M. P/ LESIONES CULPABLES GRAVES (120021) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104715631*

En Mendoza, a los ocho días del mes de agosto del año diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04632165-5/1, caratulada "Fc/ SABEZ ARTOLA FLORENCIA M. P/LESIOENS CULPABLES GRAVES".

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

La defensa técnica del encartado interpone recurso de casación (fs. 409/438vta.) contra la Sentencia N° 248 (fs. 384 y vta.) y sus fundamentos (fs. 385/392), provenientes del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción, en tanto condena a la encausada a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y cuatro años de inhabilitación especial para la conducción de vehículos automotores, por considerarla autora penalmente responsable del delito de lesiones culposas agravadas por violar la señalización de semáforo (arts. 26 y 94 bis del CP, y art. 557 y cc. del C.P.P).

La resolución fue dictada en el marco de los autos N° P-120021/17.

A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA:

¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA:

En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA:

Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La plataforma fáctica endilgada a la acusada, descripta en la pieza acusatoria de fs. 244/249, en lo sustancial reza que «[...] el día miércoles 16 de agosto de 2017, siendo aproximadamente las 17.20 horas, la encartada Florencia Sabez Artola, conducía su vehículo automotor marca Ford, modelo K, de color negro, dominio IIM-319, por calle Patricias Mendocinas de Ciudad en sentido Sur.

Al arribar con su rodado a la intersección de calle Colón [...], cruzó la misma a alta velocidad y con la luz del semáforo en rojo y, previo impactar con el costado izquierdo de su vehículo al rodado marca Renault, modelo Clio, dominio CKO-425, conducido por Renzo Cucchiarialli, que se disponía a avanzar por calle Colón en sentido oeste, con la luz del semáforo en verde, atropelló a Silvia Nancy Ríos Conti, quien se disponía a cruzar por la senda peatonal de calle Patricias Mendocinas de Ciudad, provocándole lesiones con gran daño neurológico, poniendo en riesgo su vida.

Inmediatamente después, la encartada [...] se fugó del lugar, dejando tendida en la calzada a la víctima, logrando ser aprehendida instantes después [...] en calles Pueyrredón y Belgrano, ambas de Ciudad, Mendoza».

Luego de evaluar la prueba producida en la etapa de juicio, el tribunal consideró que se encontraban acreditadas con grado de certeza tanto la existencia material del hecho, como la autoría de la imputada,

aunque con dos salvedades introducidas por el órgano acusador, las cuales eran, que la acusada manejaba sin la habilitación correspondiente y que se dio a la fuga (ver fundamento, fs. 398).

El tribunal advirtió cuáles eran las cuestiones controvertidas por la defensa y sostuvo que el punto más trascendente a dilucidar era el relativo a la presunta violación de la señal semafórica, toda vez que este aspecto tenía trascendentes repercusiones dogmáticas.

Para decidir que este extremo de la acusación estaba corroborado, el a quo valoró fundamentalmente los testimonios de Silvia Ríos, víctima del suceso, Alejandro Cuervo y Renzo Cucchiarelli, elementos de prueba que le merecieron mayor poder convictivo que la interpretación que la defensa hiciera del croquis incorporado a fs. 32 (ver fundamentos, fs. 399/401).

Respecto del resultado dañoso sufrido por la víctima, el tribunal valoró el informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense, en tanto acreditó que Silvia Ríos padecía lesiones con un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo mayor a un mes (ver fundamentos, fs. 402)

2.- Recurso de casación

La defensa del imputado impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por los arts. 474, inc. 1° y 2° del C.P.P. de la provincia de Mendoza; esto es, debido a la presencia de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

Preliminarmente, el recurrente indica que la sentencia adolece de falta de fundamentación por fundamentación aparente.

Explica que el propio tribunal de mérito reconoció que la actuación del Ministerio Público Fiscal fue criticable, toda vez que produjo durante la investigación preparatoria un caudal probatorio que luego no ofreció en la etapa preliminar y que no pudo sustanciarse en la audiencia de debate.

Explica que esta circunstancia determinó la ausencia de pruebas de cargo suficientes para el dictado de una condena por el delito de lesiones graves, y que, sin embargo, el juzgador no fue consecuente con ello, es decir, no dictó una forzosa sentencia absolutoria.

Señala en este sentido que, la condena de su defendida es contradictoria y arbitraria puesto que, ante la ausencia de prueba, el tribunal subsanó la deficitaria actividad probatoria del órgano acusador contra el imputado.

Se agravia por la fuerza convictiva otorgada a ciertos testimonios rendidos en el debate. Apunta que el tribunal a quo, a pesar de que haber reconocido que el testigo Cuervo fue imparcial y que actuó con animadversión, tuvo en cuenta su testimonio como un elemento de prueba de cargo capaz de fortalecer el grado de certeza necesario para condenar. Indica que la fuerza del testimonio de Cuchiarelli es endeble, puesto que éste fue un testigo con un interés marcado en el resultado del proceso.

Conforme con ello, entiende que es llamativo que el testigo haya relatado detalles que, por su ubicación, no podía observar. Además, sostiene que existen serias contradicciones entre la primera declaración de Cuchiarelli y la vertida en ocasión de constituirse como actor civil.

También afirma, en este orden de ideas, que ninguno de los dichos de Silvia Ríos pudo ser comprobado, motivo por el que su declaración no debió ser valorada como lo hizo el tribunal de sentencia. Critica las apreciaciones del tribunal relativas a los alegatos de la defensa en torno al croquis incorporado a fs. 32 del expediente.

Explica que, atento a la falta de una planimetría o una pericia, no puede considerarse que su postura haya sido de «apego» a dicho elemento, toda vez que era el único elemento objetivo de prueba pasible de valoración. Sostiene como agravio que la investigación del órgano acusador ha sido deficitaria, toda vez

que no obra en el expediente una pericia de criminalística que arroje claridad sobre la mecánica del accidente.

Atento a esta inconsistencia, repasa lo asentado en el acta de procedimiento de fs. 30 e infiere que, de acuerdo a los daños ahí constatados, el vehículo embistente no fue el de la acusada, sino el del conductor del Renault Clio, lo que ocasionó que ésta cambiara su línea de marcha y atropellara a la víctima. En este sentido, también infiere que si su defendida hubiese pasado el semáforo en rojo, como lo entendió el tribunal, ésta no pudo haber embestido al conductor del vehículo Renault Clio, puesto que lo lógico hubiese sido que embestiese al vehículo ubicado en el cuadrante Noreste de calle Colón, esto es, en el primer carril de mano derecha de dicha arteria.

Así, de acuerdo con esta construcción argumental, sostiene que la situación jurídica que explica el hecho demostrado es el previsto en el art 34 inc. 2 del CP, es decir, un supuesto de hecho que debe ser entendido como falta de acción por fuerza física irresistible, lo que determina la impunidad de Florencia Sabez. Realiza expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General, tras repasar los argumentos del recurrente, sostiene que la sentencia impugnada debe confirmarse puesto que el recurso no resulta sustancialmente procedente. Anticipa que el fondo del planteo recursivo implica una revisión ex novo de todas las cuestiones que ya fueron planteadas en el debate y sometidas a contradicción de las partes, estrategia que no alcanza para debilitar el cuadro probatorio evaluado por el tribunal.

Explica que la referencia hecha por el a quo a la actividad del Ministerio Público Fiscal en la investigación, no convierte en arbitraria la sentencia, tal como pretende el recurrente, puesto que la condena se encuentra apoyada en otros medios probatorios.

Así, afirma que el hecho de no encontrarse agregada una pericia criminalística no impidió que el tribunal pudiera recrear la mecánica del accidente. Repasa los hechos acreditados por el tribunal y apunta que de ellos dieron cuenta las declaraciones rendidas en el debate. En especial, indica que los dichos de los testigos Cuervo y Cucchiarelli fueron valorados en virtud de las críticas de la defensa, marco en el que el tribunal explicó por qué las distintas percepciones de los testigos no desacreditaban sus respectivos relatos.

En este sentido agrega, que el interés de los testigos en el resultado del proceso no incapacita al juzgador de sentencia para valorar sus declaraciones, sino que le impone la tarea de hacerlo con mayor esfuerzo, siendo éste un deber cumplido por el a quo.

Concluye al afirmar que la teoría de la defensa no puede ser recibida, puesto que busca encuadrar los hechos en un supuesto de falta de acción partiendo de una premisa falsa basada en un hecho no comprobado.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa técnica de la imputada y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia criticada.

De modo preliminar debe advertirse que, si bien la parte recurrente ha aludido que la resolución criticada contiene vicios de aplicación de la ley sustantiva, en esencia, su presentación sólo contiene críticas al tipo de valoración que el tribunal de juicio ha hecho de los elementos de prueba rendidos en la causa.

Por ello, en lo que sigue determinaré las razones por las que entiendo que la sentencia traída a examen debe ser mantenido como un acto jurisdiccional válido.

El punto de agravio que indica que el tribunal de sentencia subsanó la actividad probatoria del Ministerio Público Fiscal y que, de ese modo, ha vulnerado el principio acusatorio, no puede prosperar por no condecirse con las constancias de la causa.

En efecto, si bien es cierto que el tribunal advirtió sobre el endeble rendimiento de las tareas del titular de la acción pública durante la investigación preparatoria, no es menos cierto que sólo lo hizo a modo de reproche y sin ánimos de cubrir los espacios que la acusación dejó a su paso. Esto surge con claridad al compulsar los fundamentos del tribunal de juicio.

Así, el a quo aclaró que las cuestiones controvertidas por la defensa implicaban, entre otras, «negar que la conductora del Ford K hubiera pasado la encrucijada con el semáforo en rojo» y «afirmar que el Renault Clio embistió en primer lugar al Ford K ocasionando que este último vehículo desviara su dirección atropellando a la señora Ríos», y detalló cuáles fueron los elementos de prueba que se produjeron durante la investigación y que no fueron agregados al expediente durante dicha etapa u ofrecidos en la audiencia preliminar de ofrecimiento de prueba.

Luego, explicó cuál era, no obstante, el aspecto relevante en la plataforma acusada y cuáles los elementos de prueba debidamente incorporados que lo corroboraban (ver fundamentos, fs. 399/400). Con ello, se dispuso a analizar, por un lado, los principales testimonios de cargo (las declaraciones de Alejandro Cuervo, Silvia Ríos y Renzo Cucchiarelli), y, por otro, la estrategia defensiva de la acusada, procedimiento en el que explicó por qué dichas declaraciones le parecieron más creíbles que las explicaciones brindadas por Florencia Sabez (ver fundamentos, fs. 400/402).

De lo anterior, según estimo, se desprende que lejos de vulnerar los límites que impone el rol de juzgador, el tribunal de sentencia especificó de qué modo los elementos de prueba ofrecidos e incorporados al debate probaban la violación de las normas de tránsito sobre las que fue construida la imputación, razón por la que debe desestimarse la crítica.

A conclusiones similares se llega respecto del segundo punto de agravio, mediante el que se critica la valoración de los testimonios de cargo.

En lo que respecta al testimonio de Alejandro Cuervo, según entiendo, el tribunal ha procedido de manera adecuada. Efectivamente, para estudiar el alcance convictivo de su declaración y atento a la alegada «actitud hostil contra la imputada», señalada por la defensa y reconocida por el tribunal, éste explicó que «[debía] efectuarse el máximo esfuerzo para verificar si el relato del testigo no [estaba] contaminado» (ver fundamentos, fs. 401).

Así, tuvo en miras los siguientes aspectos:

(a) que no existían motivos razonables para sospechar que el testigo dio un falso testimonio, puesto que el hecho de conocer al marido de la víctima, en virtud de su profesión, no era motivo bastante para considerarlo un testigo mendaz; (b) que el modo en que la querrela ofreció su declaración no lucía reprochable, puesto que tan sólo habían pasado tres meses de ocurrido el hecho y puesto que la defensa no había hecho crítica alguna respecto de otros testigos ofrecidos por la querrela con similar demora; (c) que la percepción del testigo no resultaba criticable, puesto que era improbable que Cuervo haya podido registrar visualmente todo lo sucedido en el lapso de no más de un minuto, siendo razonable que, atento la dinámica del hecho, el testigo recordara sólo datos de la patente del vehículo embistente y que el vidrio del mismo estaba poralizado; y, finalmente, (d) que era razonable que el testigo no hubiese observado lo

mismo que el testigo Puebla, puesto que no estaban posicionados en el mismo lugar (ver fundamentos, fs. 401/402).

Según advierto, estas premisas del tribunal se condicen con críticas de la defensa que ya fueron refutadas de modo claro y lógico y que son reeditadas aquí sin mayores precisiones capaces de demostrar de qué modo el a quo ha sido arbitrario, circunstancias que demandan desestimar el punto de agravio.

Tampoco pueden ser recibidas los argumentos defensivos contra el valor otorgado a las declaraciones testimoniales de Silvia Ríos y Renzo Cucchiarelli.

El análisis de la declaración de Silvia Ríos no merece mayor atención. Tal como se desprende de las constancias de la causa, fue la misma defensa la que no cuestionó lo dicho por la testigo en tanto que ésta dijo no recordar nada.

Así lo advirtió el tribunal y no se observan en este aspecto de las sentencia argumentos que permitan considerarla arbitraria (ver fundamentos, fs. 396 y fs. 400).

Respecto de la declaración de Renzo Cucchiarelli, debe decirse que las inconsistencias señaladas por la defensa recaen sobre aspectos que se muestran irrelevantes para modificar el grado de convicción alcanzado por el tribunal de juicio respecto de la mecánica del hecho (como si la camioneta que tenía Cucchiarelli a su lado era negra o gris, o si éste estaba detenido o circulando cuando el semáforo ya le había dado luz verde). Así lo ha resaltado el a quo al refutar las mismas postulaciones críticas que se reintentan en esta instancia crítica, razón por la que, a falta de mayores precisiones sobre la pretendida arbitrariedad del tribunal, el punto de agravio debe ser desestimado (ver fundamentos, fs. 400/401).

El resto de las consideraciones recursivas, según mi parecer, pueden ser interpretadas conjuntamente como un reintento de la defensa por hacer valer la teoría del caso que ha presentado en la audiencia de debate por lo que, como tales, pueden ser valoradas en su conjunto. Así, debe decirse que la valoración del acta de procedimiento de fs. 30 y del croquis de fs. 32, mediante la que la defensa postula que su defendida fue en realidad embestida por Renzo Cucchiarelli y que, en virtud de ello, cambió el sentido de circulación para luego impactar de manera involuntaria contra Silvia Rodríguez, es una hipótesis que ya ha sido valorada y desestimada de modo correcto por el tribunal de sentencia.

En efecto, para sostener que los daños constatados en el sector izquierdo del vehículo de la acusada fueron producidos por el rodado conducido por Cucchiarelli, el recurrente parte de la premisa que sostiene que su defendida cruzó el semáforo de calle Patricias Mendocinas y calle Colón, con luz verde.

Sin embargo, este ha sido un aspecto de la plataforma fáctica que fue debidamente descartado por el tribunal de juicio.

Para afirmar que la acusada había pasado el semáforo de calles Patricias Mendocinas y Colón con luz en rojo, y atento a la falta de una planimetría de Policía Científica, el tribunal de sentencia se valió de la información brindada por los testimonios de cargo rendidos en la causa, los que, como se ha estipulado más arriba, no han sido valorados de manera arbitraria (ver fundamentos, fs. 399/402 y fs. 403).

Por todo lo dicho hasta aquí, entiendo que no existen motivos razonables para concluir, como lo hace el recurrente, que la acusada haya obrado presa de una fuerza física irresistible al embestir a la ciudadana Silvia Ríos. Tal como lo ha sostenido el tribunal, fue ella la que, mediante la vulneración de los deberes de cuidado estipulados en la ley de tránsito vigente a la fecha del hecho -arts. 45, 48 inc. b), 50 y 53 de la ley N° 6.082-, produjo las lesiones por la que fuera acusada (ver fundamentos, fs. 403).

Por las razones expuestas precedentemente, entonces, considero que corresponde responder negativamente la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio y Dr Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 409/438 vta. por la defensa de Florencia María Sabez Artola.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen. Regístrese. Notifíquese.

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

13- MC GARRY. 14-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-		-	-	A	-	-	-	-	-	N	353
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcMGB.pdf

Lex: Art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP. Arts. 2, 3, 26 y 29 de la Ley 26485.

Vox: VG. Lesiones leves dolosas agravadas. Violencia de Género. EPI. Informe. Nulidad.

Summa:

El **JPC** sobreseyó al acusado del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar violencia de género.

El **MPF** interpone recurso por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo e iudicando.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por la titular de la Unidad Fiscal de Violencia de Género y se remite a los argumentos oportunamente expuestos.

La **SCJM** hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y anula la sentencia recurrida y sus fundamentos .

Resolución cuestionada: Sentencia N° 741, pronunciada por el JPC N° 1 -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS 183-188; 202- 001; 269-234: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

b-CIDH:

- B. G. Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 147, párr. 81. 06-04-06.
- Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Serie C No. 146, párr. 154. 29-03-06
- Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Serie C No. 140, párr. 111. 31-01-06

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

(G.Q.)

Fallo:

CUIJ: 13-04423920-9/1((018501-40316)) F. C/ M. G. B. P. P/LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS (40316) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104504366*

En Mendoza, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04423920-9/1 caratulados "F. C/ M. G. B. P. /LESIONES LEVES DOLOSAS AGRAVADAS".

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

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación (fs. 161/167 vta.) contra la Sentencia N° 741 y sus fundamentos (fs. 150/155), dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto sobreseyó al acusado del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar violencia de género, que se le atribuye en el marco de los autos N° P-40.316/18 (art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

En fecha 21 de agosto de 2018, el Primer Juzgado Penal Colegiado dispuso el sobreseimiento de B. P. M. G. respecto del delito de lesiones leves dolosas agravadas por mediar violencia de género (art. 92 en función del art. 89 y 80 inc. 1° y 11° del CP).

Para llegar a dicha solución, en primer lugar, indicó que el informe elaborado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) no constituye en rigor un informe, sino un examen pericial, toda vez que no posee la característica de ser descriptivo y puesto que se encuentra fundado en especiales conocimientos científicos.

Con ello, criticó que la representante del Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación haya incorporado dicho elemento de prueba sin cumplir con lo dispuesto en los arts. 244 y sgtes. del CPP, es decir, que la defensa no haya sido notificada antes de iniciar las operaciones y que, en detrimento de dicha notificación, la Fiscal de Instrucción no haya fundado la urgencia en su producción (ver fundamentos, fs. 150 vta./151).

En segundo lugar, el tribunal a quo entendió que el comportamiento por el que fuera acusado B. M. G. estaba justificado por haber operado, en el caso, los requisitos de la legítima defensa (art. 34 inc. 6° del CP).

En este sentido señaló que, de acuerdo con lo expuesto por M. C. al denunciar los hechos, ésta reconoció que le había quitado el celular al acusado, que no se lo quería devolver y que éste la tiró al piso, le dio patadas y la tomó del cuello como ahorcándola para que soltara el teléfono.

Asimismo, que no cabían dudas que la acción de C. fue la de apoderarse del celular para revisar la información privada de B. M. G. (ver fundamentos, fs. 154).

Junto con lo anterior, consideró que el teléfono celular de M. G. era un registro informático y electrónico que contenía información privada que éste tenía derecho a defender, mediante el uso de la fuerza, frente a la agresión que implicó el arrebato de M. C..

Asimismo, el tribunal a quo afirmó que el medio empleado por el imputado no resultó desajustado, dado que fue evidente que la mujer no sólo tomó por la fuerza el celular, sino que se negó a restituirlo, soltándolo recién cuando M. G. la tomó del cuello y tuvo dificultades para respirar (ver fundamentos, fs. 154 y vta.).

II.- El recurso de casación

La titular de la Unidad Fiscal de Violencia de Género impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo e iudicando.

a. *Vicios in procedendo*

En lo que respecta a vicios de carácter formal, la recurrente anticipa que la sentencia contiene argumentos arbitrarios en tanto que refieren una valoración de la prueba recolectada sin una perspectiva de género, circunstancia que limita el derecho de acceso a la justicia de las mujeres. Así, en primer lugar, repasa las consideraciones del tribunal al evaluar el acta de denuncia y la hipótesis acusatoria, y critica las conclusiones de la jueza cuando sostuvo que el hecho denunciado por M. C. «no se ajusta a una situación desigual de poder que afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica, patrimonial, como así tampoco a su seguridad personal».

Al respecto afirma la recurrente que el acta de denuncia sí contiene indicadores de violencia psicológica y de sumisión de la víctima en el ciclo de violencia de género, y se pregunta desde qué perspectiva el tribunal valoró la prueba al afirmar que la seguridad personal de la denunciante no se encontraba afectada, máxime cuando se le constataron, al menos, diez lesiones en su superficie corporal. Además, se agravia en virtud de que, a pesar de que los hechos denunciados podían ser interpretados como indicadores de la circularidad e intensidad de la violencia sufrida por M. C., fueron interpretados como indicadores de su propia provocación de una agresión ilegítima.

Concluye el pasaje al afirmar que el tribunal minimiza el problema y revela su falta de interés y vocación por remediar un problema social grave.

En segundo lugar, la recurrente se agravia debido a que el tribunal de sentencia dictó la nulidad del informe obrante a fs. 10/11 tras considerar que este es, en realidad, una pericia que no fue practicada conforme los presupuestos del CPP.

Destaca que, según el tribunal, el Ministerio Público Fiscal no fundó la urgencia de la medida, y sobre este punto explica que el informe elaborado por el EPI intenta determinar el riesgo de violencia física grave, una vez que se conoce la existencia de indicadores de violencia de los que sea víctima una mujer.

Agrega que dichos indicadores surgieron de manera palmaria en la denuncia formulada por M. C. y que el informe de riesgo es un mecanismo de evaluación inmediata, que asegura el acceso a la justicia de las mujeres y que se ajusta a las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Otorga precisiones referentes a la urgencia del procedimiento realizado, fundada en aspectos vinculados a la vulnerabilidad de las víctimas de violencia de género, y sostiene que la nulidad resuelta por el tribunal de sentencia sólo puede sostenerse respecto del valor probatorio de sus conclusiones, siempre que se acredite el interés jurídico en declarar dicha nulidad.

Con ello, afirma que el informe confeccionado por el EPI sólo puede tener menor fuerza probatoria respecto de los indicios de riesgo detectados.

En tercer lugar, la recurrente advierte que el tribunal de sentencia ha valorado la hipótesis acusatoria de manera arbitraria.

Indica que en la sentencia se desconocen los principios del sistema acusatorio toda vez que, al calificar la teoría del caso de la acusación como «un producto de su imaginación», olvidó que el órgano acusador debe presentar una versión de los hechos con base en la prueba recolectada para persuadir al tribunal, tarea que no puede tildarse de «imaginativa».

b. Vicios in iudicando

En el orden de los vicios de carácter sustancial, la defensa critica el análisis del tribunal de sentencia respecto de los presupuestos de la legítima defensa. Sostiene que las actitudes y acciones adoptadas por la víctima mujer, inmersa en una relación disfuncional, no pueden ser interpretadas como una agresión ilegítima.

Agrega que, aun suponiendo que se trate de una agresión ilegítima, actual e inminente, la acción del acusado no encuentra respaldo, ni en la necesidad, ni en la razonabilidad de los medios empleados. En este sentido, controvierte los argumentos con los que el tribunal sostuvo que el acusado utilizó un medio de defensa adecuado. Cita lineamientos doctrinarios que estima acertados y afirma que la perspectiva de género obliga a reinterpretar las reglas de la legítima defensa. Así, señala que el presupuesto de la «necesidad racional del medio empleado» debe reconocer alguna «subjetivización», razón por la que debe discutirse si el grupo de referencia adecuado para determinar dicha necesidad debe ser la «mujer media» o «mujer maltratada», y no el «hombre medio».

Con lo anterior, indica que la conducta de M. G. no cumple los presupuestos de la legítima defensa. Señala que empujar a su pareja cuando ésta le arrebató el celular, darle patadas y ahorcarla hasta el punto en el que no pudo respirar, no pueden formar parte de un comportamiento proporcional, o racional, frente a la agresión cometida por M. C.

Refuerza estas apreciaciones al indicar que la situación de la denunciante se encuentra enmarcada en el art. 4 de la ley 26.485, toda vez que ha sido víctima de un ejercicio sistemático de violencia, circunstancia que no ha sido valorada por el tribunal. Sobre este aspecto, valora el testimonio de C. y afirma que existen indicadores de violencia psicológica de antigua data y sumisión en el ciclo de violencia. Finalmente, indica que los errores del tribunal lo han llevado a afirmar que existió una causal de justificación, cuando en realidad, el hecho constituye un delito consumado, y calificado por el vínculo existente y por mediar violencia de género.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, al contestar la vista proferida, mantiene el recurso de casación interpuesto por la titular de la Unidad Fiscal de Violencia de Género y se remite a los argumentos oportunamente expuestos.

IV.- La solución del caso

Voto Dr Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que corresponde hacer lugar a su presentación impugnativa.

De forma preliminar, debe recordarse el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso,

esto en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias si se cuestiona una resolución – como en el presente caso– por la concurrencia de vicios sustanciales y de procedimiento (**LS 183-188; 202-001; 269-234** entre otros).

Por tal motivo concentraré mi atención en el tratamiento de aquellos vicios invocados por la parte recurrente en los que, según entiendo, se encuentra establecido el «thema decidendum» de la presente causa.

De acuerdo con ello, entiendo necesario adelantar que el tribunal de mérito no tuvo buenas razones para dictar la nulidad del informe de valoración de riesgo elaborado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (a), ni para considerar que el comportamiento del acusado estuvo amparado por los lineamientos del art. 34 inc. 6 del CP (b).

a. Sobre la nulidad del informe de riesgo elaborado por el EPI

De acuerdo con el razonamiento del tribunal, el informe del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) obrante a fs. 10/11 es, en realidad, una pericia que no fue producida según los requisitos legales de ese medio probatorio.

Para sostener esta idea el a quo dijo que, a pesar de no haber sido ordenado como tal, dicho informe constituía en rigor un dictamen pericial, en tanto que se basó en una evaluación psicológica y fue fundado en especiales conocimientos científicos -y no en una tarea descriptiva-.

En virtud de ello, el tribunal a quo advirtió que la representante del Ministerio Público Fiscal no había notificado a la defensa de manera previa la producción de dicho examen (o prueba pericial según su criterio), y dedicó varios argumentos para explicar por qué la ausencia de notificación previa no podía salvarse mediante el recurso de la «urgencia», tras lo que sostuvo como conclusión que el informe del EPI debía ser declarado nulo (ver fundamentos, fs. 150 vta. /152).

Ahora bien, según estimo, las premisas utilizadas por el tribunal de mérito no pueden ser ratificadas en esta instancia puesto que no resultan adecuadas para fundamentar la sanción de nulidad arribada.

Sobre este aspecto de la sentencia debe destacarse, por un lado, que el hecho de que el informe de riesgo elaborado por el EPI contenga conclusiones que no puedan ser calificadas como puramente descriptivas, o que el mismo se encuentre «fundado en especiales conocimientos científicos», no convierte por sí solo a ese elemento de prueba en un dictamen pericial.

En efecto, sobre este tema no puede dejar de señalarse que la titular de la acción pública ordenó la intervención del EPI en función de la estrategia asumida por el Estado argentino en la lucha contra un delito que, prima facie, encuadraba en un contexto de violencia de género que, como tal, se caracteriza por un ciclo de repetitividad o maltrato crónico que demanda la adopción de medidas tempranas.

Fiel a este sentido, se advierte que la intervención de dicho Equipo fue ordenada «a fin de que mediante el correspondiente examen psíquico, [informe] sobre la existencia de alguna situación de riesgo [y] grado del mismo».

Además, se advierte que, consecuentemente con lo informado por el EPI, que el Ministerio Público Fiscal solicitó al Juzgado de Familia en función tutelar la adopción de medidas de protección y ordenó por su lado la detención del acusado (ver decreto de fs. 7, oficio de fs. 12/15 y decreto fundado de fs. 17/18).

Con lo detallado, según entiendo, surge de un modo claro que el objetivo de la producción del informe anulado por el tribunal de mérito no fue el de descubrir o valorar un elemento de prueba para el que fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales (art. 244 del CPP), sino el de adecuar la

investigación a los compromisos asumidos por el Estado nacional en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres (ver ley 26.485, ver arts. 2, 3, 26 y 29).

Si bien es cierto que, para determinar el grado de riesgo de violencia presente en el caso concreto el profesional interviniente se basó en tareas de tipo valorativo, esto no supone necesariamente que se esté frente a una tarea pericial. Consecuencia de lo dicho es que las premisas del tribunal de mérito, que critican la falta de motivación de la «urgencia» en la producción del informe del EPI, no resulten apropiadas.

Ello, puesto que lo que motivó el impulso del Ministerio Público Fiscal en la producción del referido informe no fue la urgencia en la producción de una indagación extremadamente simple o de prueba que, de producirse con demora, se hubiese perdido, lo que hubiese habilitado la falta de notificación previa (ver art. 249 del CPP), sino la urgencia propia de las medidas preventivas que habilita la ley 26.485 (ver art. 26).

Por ello, el hecho de que dicho informe se haya basado en datos obtenidos a través de una entrevista psicológica, es decir, en «conocimientos científicos» del psiquiatra que intervino, no altera su naturaleza convirtiéndolo en un dictamen pericial y, en consecuencia, no pueden serle aplicables los recaudos que regulan la producción de las pericias.

Por otro lado, no puede soslayarse en este punto que el tribunal no ha fundado adecuadamente el interés salvaguardado con la sanción de nulidad propiciada, siendo esto criticable frente al pacífico criterio de esta Suprema Corte de Justicia que veda el dictado de nulidades basadas en la observación irrestricta de formalidades (**ver causa «L., L. A.», sentencia leída el 30/09/2016, o causa «B., G. J. B.», sentencia leída el 22/06/2016**).

En efecto, a raíz de la crítica dedicada a la falta de notificación y de posterior justificación de la urgencia en la producción del informe de valuación de riesgo, el tribunal hizo algunas consideraciones respecto del derecho de la defensa a controlar y contradecir la prueba que se incorpora al proceso.

Así, indicó que «no podemos soslayar que es criterio del Ministerio Público Fiscal denegar la posible reproducción de la pericia a los defensores técnicos porque implicaría revictimizar a las denunciadas.

Ello se traduce en que esas pericias poseerían las características de ser definitivas e irreproducibles, no pudiendo, en consecuencia, ingresar esa prueba al plenario por no haberse garantizado el contradictorio. Las pruebas que se receptan durante la investigación penal preparatoria podrán fundar una eventual acusación, pero no podrán luego dar base a una sentencia condenatoria. De este modo, debería ineludiblemente producirse -nuevamente- la pericia psicológica de la denunciada» (ver fundamentos, fs. 151 vta.). Según se entiende aquí, estos argumentos no son adecuados.

En primer lugar puesto que, a los efectos de salvar el principio contradictorio, el tribunal ha tomado como premisa base una circunstancia que no se encuentra probada en las constancias de la causa, esta es, que la defensa haya solicitado la producción de una pericia y que el Ministerio Público Fiscal la haya denegado por considerar que revictimizaría a la denunciada.

En segundo lugar, puesto que desde que se incorporó el mencionado informe de valuación de riesgo, la defensa no intervino en el proceso solicitando la producción de prueba pericial -o de cualquier otro elemento de prueba- que coadyuve en la tarea de contradecir el presunto círculo de violencia de género en el que se habrían producido las lesiones acusadas.

Por último, en tercer lugar, toda vez que atento el estado en el que se encontraba la causa -se celebraba la audiencia de acusación fiscal prevista en el art. 417 del CPP-, la posibilidad de la defensa de ofrecer

prueba pertinente para contradecir la figura agravada de las lesiones acusadas, así como la de producir prueba en el debate con dicho fin, todavía se encontraban vigentes.

Estas circunstancias demuestran, según estimo, que no existió un interés legítimo lesionado que causare un perjuicio irreparable capaz de justificar la nulidad del informe de valuación de riesgo elaborado por el EPI. Ni la defensa ha intentado producir prueba pericial capaz de controvertir la hipótesis de la acusación, ni el órgano acusador ha denegado un pedido de la defensa aduciendo como argumento que el informe del EPI basta para probar el contexto de violencia de género, ni se han agotado las instancias de la defensa para ejercer las facultades que el principio contradictorio le confiere.

b. Sobre la legítima defensa del acusado

En este marco, el recurrente se agravia por el modo en que el tribunal a quo justificó la conducta del acusado. Esencialmente, la representante del Ministerio Público Fiscal discrepa con que B. P. M. G. haya actuado en legítima defensa.

Entiendo que este aspecto de la crítica también debe ser acogido, toda vez que el tribunal a quo no dio razones correctas para considerar que las lesiones infringidas a M. C. fueron justificadas. Veamos sus argumentos en detalle.

Tras fijar la plataforma fáctica acusada, el tribunal de sentencia indicó que había quedado claro que la acción de la denunciante fue la de apoderarse del celular de M.G. para revisar su información privada, que no quería devolverlo y que recién lo hizo cuando el acusado la tomó del cuello. Luego, sostuvo que «el teléfono celular es un registro informático y electrónico que contiene información privada en los términos del art. 18 de la C.N», y que «el Sr. M.G. tiene pleno derecho a defender sus papeles privados, su correspondencia y su intimidad, incluso mediante el uso de la fuerza».

De este modo, concluyó que en este caso «el imputado recibió una agresión ilegítima, en tanto la Sra. C. le arrebató un dispositivo electrónico con registro de información privada y correspondencia para imponerse ilegítimamente de esa información» (ver fundamentos, fs. 154).

Asimismo, después de cerciorarse de que en este caso la agresión de C. no había sido provocada por el imputado M.G., la magistrada sentenciante postuló que «el medio empleado por el imputado no resulta desajustado dado que es evidente que la mujer no sólo tomó por la fuerza el celular, sino que se negaba a restituirlo y ... lo soltó ... cuando M.G. la tomó del cuello y tuvo dificultades para respirar.

Las propias palabras y descripción de los hechos que hace la mujer, acreditan que ella tomó por la fuerza el celular dado que dice que se lo sacó y reconoce que no lo quería devolver y M.G. tuvo que hacer uso de la fuerza para recuperar sus papeles privados, su correspondencia, su información privada y así resguardar su derecho a la intimidad» (ver fundamentos, fs. 154 y vta.). Ahora bien, el análisis del a quo no es del todo correcto.

En efecto, si bien es cierto que los elementos presentes en la causa permiten sostener que los primeros dos presupuestos de un ejercicio legítimo de defensa se encuentran corroborados, es decir, que está probado que existió una agresión ilegítima por parte de M. C. y que dicha primera agresión no fue provocada por quien se defendió, también es cierto que el tribunal omitió constancias de la causa que desacreditan el último de los presupuestos del instituto, razón por la que no pudo considerar que las lesiones infringidas a M. C. fueron producidas al amparo del art. 34 inc. 6 del CP. Según dispone el código de fondo, la legítima defensa de derechos propios o de terceros requiere necesidad racional en el medio empleado para impedir o repelar una agresión ilegítima. Sobre este punto, el tribunal no ha reparado en algunas circunstancias importantes.

Por un lado, que la racionalidad necesaria de una legítima defensa requiere que el agredido escoja los medios que pongan fin a la agresión ilegítima de manera inmediata y definitiva y que, también, representen el mínimo de costes (lesiones o puestas en peligro) para el agresor. Además, a fin de evitar que el agredido corra el riesgo de una defensa inidónea, que la racionalidad del medio (más leve) empleado implica que éste sea, también, el más idóneo para repeler una agresión. Por otro lado, que la causa contiene elementos que permitían realizar un encuadre ajustado a las precisiones hechas arriba.

Efectivamente, las constancias del expediente indican que el acusado es una persona joven, que mide entre 1,75 y 1,80 metros de altura y que posee un porte de contextura robusta (ver acta de descripción morfológica de fs. 44). Asimismo, se desprende de las actuaciones que las lesiones producidas a M. C. fueron de una entidad considerable.

Según el informe médico obrante a fs. 16, las agresiones del acusado produjeron en su cuerpo una equimosis violácea de 2 por 1 cm. en región mandibular izquierda; una equimosis violácea de 4 por 2 cm. en cara lateral derecho del cuello; una equimosis violácea en pabellón auricular de oreja derecha; una equimosis violácea de 4 por 4 cm. en cara anterior de antebrazo izquierdo; dos equimosis violáceas de 4 por 5 cm. en cara anterior de rodilla y pierna izquierda; una equimosis violácea de 2 por 1 cm. en cara anterior de pierna derecha; dos equimosis violáceas de 6 por 7 cm. en cara anterior y externa de muslo derecho; excoriación lineal de 1.5 cm. en cara dorsal de mana derecha; y dolor al tragar (ver examen físico obrante a fs. 16).

Con lo dicho hasta aquí, puede afirmarse que el medio de defensa emprendido por el acusado no ha respetado el límite de la necesidad racional. Según entiendo, el conjunto de acciones defensivas constatas por el tribunal a quo (un empujón seguido de patadas y ahorcamiento) no pueden configurar el medio idóneo menos lesivo y asequible por el acusado para defender su derecho a la intimidad.

Dicho de otro modo, el tribunal de mérito no ha considerado que el acusado, atento a su juventud y contextura, pudo optar por un medio de defensa que repercutiera de una forma menos dañosa en quien lo había agredido ilegítimamente, es decir, que pudo haber empleado medios defensivos idóneos menos lesivos. Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación incoado por la representante del Ministerio Público debe ser receptado en esta instancia y, en consecuencia, debe anularse la Sentencia N° 741 del Primer Juzgado Penal Colegiado.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhire.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar al recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal.

En especial, comparto los conceptos vertidos en torno a la naturaleza y finalidad del informe emitido por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) en el marco de un proceso donde se investiga un hecho que ha tenido lugar «prima facie» en un contexto de violencia de género. De este modo, los renovados estándares de protección orientados –entre otras razones– a erradicar prácticas violentas sobre la mujer y garantizar un efectivo acceso a la justicia a este sector vulnerable de la población es lo que justifica y da fundamento a los informes cuestionados por el censurante.

En este sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará, incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la Ley N°

24.632/96 estipula que los Estados Partes convienen en que deben: «b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer», «d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad», y «f) establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso a tales procedimientos» (art. 7).

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, instrumento internacional de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional, por su expresa inclusión en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, precisa que «Los Estados Partes ... se comprometen a: c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación» (art. 2). En este entendimiento la Corte IDH ha dicho en forma reiterada que «... no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre» (Cfr. **Caso B. G. Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111).**

Se colige de todo lo reseñado que frente a un proceso penal en trámite, donde la mujer aparezca como presunta víctima de un hecho de violencia de género, resulta condición necesaria para que los distintos operadores del derecho puedan cumplir con su cometido de sancionar ese tipo de delitos, que sea preservada durante la tramitación del proceso la integridad psico-física de la mujer, asegurando de esta forma, un efectivo acceso a la justicia para este sector vulnerable de la población.

En definitiva, entiendo que el acceso a la justicia con perspectiva de género, implica atender los problemas de cómo las mujeres acceden a la justicia, las condiciones y los obstáculos o dificultades que a lo largo del proceso se presentan, para que la mujer que se encuentra en situación de vulnerabilidad ejerza en forma efectiva su derecho a obtener una sentencia justa y reciba la debida protección por parte del Estado.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la Sentencia N° 741 y sus fundamentos (fs. 150/155), provenientes del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y, consecuentemente, remitir las presentes actuaciones a la OGAP a fin de que determine el juez que habrá de intervenir en una nueva audiencia de acusación conforme con el art. 417 quinquies del CPP.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 161/167 vta. por la representante del Ministerio Público Fiscal.

2.- Anular la Sentencia N° 741 y sus fundamentos (fs. 150/155), provenientes del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y, en consecuencia, remitir las presentes actuaciones a la OGAP a fin de que determine el juez que habrá de intervenir en una nueva audiencia de acusación conforme con el art. 417 quinquies del CPP.

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

14- REYES. 14-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCC										474
VG	FP	-	-	IE	-	-	A	-	-	-	-3°	-	N	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191114_FcRCA.pdf

Lex: Arts. 89, 20, 20 bis, 59, inc. 3°; 62, inc. 2°; 63 y 77 del CP. Ley Nacional 25188 de Ética Pública. Art. 11, inc. a) del Estatuto del Empleado Público y cc del Estatuto Docente.

Vox: VG. Lesiones. Prescripción. Funcionario Público. Inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos. Plazo razonable. Violencia de género.

Summa:

La **Excma. Segunda Cámara del Crimen -2° CJ** condenó a L. R. C. A. a la pena de **diez meses de prisión** de ejecución condicional y dos años de inhabilitación especial para ocupar empleos y/o cargos públicos por considerarlo autor del delito de lesiones leves (art. 89 del CP).

La **defensa técnica** de L. R. C. A. impugna la decisión por considerar que adolece de vicios in iudicando e in procedendo, previstos por el art. 474 del CPP. Centra sus agravios en dos tópicos, la prescripción de la acción del delito endilgado y la pena complementaria impuesta a su defendido.

Con relación al primero expresa que, en la audiencia referida el a quo entendió que no se encontraba extinguida la acción, en virtud de encontrarse suspendida por el carácter de supuesto «funcionario público» del sujeto activo y que el tribunal ha variado el contenido de la imputación con la que se abrió el debate y sobre el que giró el mismo, sosteniendo que el accionar del imputado lo fue en razón de su género.

En lo concerniente al segundo de los puntos de agravio planteados, esto es, la imposición por el término de dos años de la pena de inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos, considera que esta sanción es lesiva, ilegal y absurda. En ese sentido, sostiene que la inhabilitación especial tiene carácter facultativo y complementario, en tanto cumple la específica función de prevención y que, en el caso, no se advierte qué es lo que la sanción vendría a prevenir.

El **Procurador General** considera que debe rechazarse el recurso de casación en cuanto al agravio referido a la prescripción de la acción penal y acogerse con relación a la imposición de la pena complementaria de inhabilitación.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación y, en consecuencia, confirmó la Sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1449, pronunciada por la **Excma. Segunda Cámara del Crimen - 2° CJ**.

Precedentes citados

a-SCJM

- Torres Surget. 03-05-18:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI0Nzc=&tabla=c2M=>

Funcionario público

- Bayón

- Miráble Santillán
- Rodríguez

Plazo razonable

- Castillo Castellón
- Ochoa Rosales
- Ahumada Maldonado

a-SCJM

- Mattei. Fallos 272:188

SCJM. Dres.: **LLorente.** Orbelli. Isuani.

(G.S.)

Fallo:

CUIJ: 13-04335774-8/1((020502-4157)) F. C/ R. C. A. L. P/ LESIONES GRAVES A Y. M. (4157) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104411494*

En Mendoza, a los catorce días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04335774-8/1 caratulada “F. C/ C. A., L. R. P/ LESIONES GRAVES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. PEDRO J. LLORENTE; segundo, DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI; y tercero, DRA. MARINA ISUANI.

La defensa de L. R. C. A. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1449, en tanto condenó al nombrado a la pena de diez meses de prisión de ejecución condicional y dos años de inhabilitación especial para ocupar empleos y/o cargos públicos por considerarlo autor del delito de lesiones leves (art. 89 del C.P.); pronunciamiento dictado por la Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° 4157.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, mediante voto mayoritario y en forma previa a imponer la sentencia condenatoria antes referida, consideró que «... la acción penal incoada contra L. R. C. A ... no se encuentra prescripta porque el imputado cometió el hecho **en ejercicio de su cargo de preceptor** empleado de la Dirección General de Escuelas, lo que lo ubica como funcionario público a los términos del Artículo 77 del Código Penal, cargo que ha mantenido hasta el presente; y a su vez, dicho hecho lo cometió contra una niña, alumna del establecimiento donde trabajaba motivado fundamentalmente por una cuestión de género; por lo que entiendo que ha operado la suspensión prevista en el apartado segundo del artículo 67 del Código Penal y no ha transcurrido el plazo previsto por el artículo 62, inciso 2, del C.P.» (fundamentos, fs. 809 vta.).

Sorteada esa instancia, el sentenciante entendió acreditada la plataforma fáctica consignada en el requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 345/349 de las presentes actuaciones. Los hechos allí reseñados consistieron en que «... en la Ciudad de San Rafael, Provincia de Mendoza, el 08/09/2008 – siendo aproximadamente las 09:30 horas–, L. R. C. A, preceptor de la escuela ..., se acercó a uno de los cursos (segundo año quinta división) –en circunstancias en las que los alumnos aguardaban por la llegada de una profesora de Lengua y Literatura–, y desde la puerta llamó a Y. D. M. L. pidiéndole –con un tono levemente imperativo– que se acercara. La alumna haciendo caso a los dichos de C. se dirigió hacia él, rumbeando juntos hacia el aula magna de la institución. Una vez allí ambos, el acusado, en un evidente estado de alteración, habría pretendido agredir a la nombrada Y. M. con una silla, no lográndolo –según los dichos de la misma–. Luego de ello y en forma inmediata, tomó uno de los bancos del aula y se lo arrojó a la mencionada ..., impactándole particularmente en la región facial. Provocándole ello una herida en dorso de la nariz, conforme informe médico de fs. 18, y el daño psicológico informado por profesional

–Licenciada en Psicología del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario perteneciente al Poder Judicial– ...» (fundamentos, fs. 810 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo estimó que las declaraciones de la víctima Y. M., de los testigos E. M., A. L., L. S., A.C., D. S. y K. M., y los informes médicos de fs. 18, 54, 138 y vta. y 139 «acreditan sin duda alguna la lesión física que sufriera Y.D.M a manos del entonces Preceptor L. R. C. A» (fundamentos, fs. 816).

2.- El recurso de casación de la defensa técnica de C. A.

La recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. En ese orden, centra sus agravios en dos tópicos, la prescripción de la acción del delito endilgado y la pena complementaria impuesta a su defendido.

Así, en relación al primero de los temas planteados, considera que se han aplicado erróneamente los arts. 59, inc. 3°; 62, inc. 2°; 63 y 77 del Código Penal y la Ley Nacional N° 25.188 de Ética Pública.

Prescripción.

Señala que el tribunal, con su voto mayoritario, ha sorprendido a esa defensa, toda vez que en anteriores resoluciones había sostenido que el único objeto del debate era comprobar la entidad de las lesiones para determinar si la acción penal referida a ellas se encontraba prescripta.

Expresa que, no obstante ello, en la audiencia referida el a quo entendió que no se encontraba extinguida la acción, en virtud de encontrarse suspendida por el carácter de supuesto «funcionario público» del sujeto activo, contradiciendo con ello lo dicho en los pronunciamientos anteriores.

Agrega el recurrente que el tribunal ha variado el contenido de la imputación con la que se abrió el debate y sobre el que giró el mismo, sosteniendo que el accionar del imputado lo fue en razón de su género.

Considera que se equivocan los jueces al fundar su voto mayoritario en cuanto afirman que la prescripción se encontraba suspendida a tenor del juego de los artículos 67 y 77 del Código Penal, sosteniendo la interpretación gramatical de los textos, puesto que si bien la **CSJN** ha recordado la importancia de atender al texto de la ley, no es menos cierto que también ha establecido el valor y la necesidad de una interpretación con especial atención al sentido, alcance y teleología de la misma.

Por otro lado, entiende que el cargo que revestía el imputado en la administración estatal (empleo raso) y su posterior e inmediato apartamiento del lugar del hecho impiden sostener con seriedad que el curso de la prescripción se encontraba suspendido, es decir que no era funcionario público en el sentido pretendido.

Añade que la habilitación legislativa materializada a través de la Ley de Ética Pública de ninguna manera lo fue para que el Estado reclame a diez años de sucedido un hecho (compatible con la justicia correccional) la aplicación de una pena, sólo por la mera circunstancia de que el mismo haya sucedido mientras trabajaba para el Estado el sujeto activo.

Sostiene en forma subsidiaria que, si la acción no se encontraba prescripta, es **insubsistente** a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos por falta de aplicación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

Inhabilitación especial

En lo concerniente al segundo de los puntos de agravio planteados, esto es, la imposición por el término de dos años de la pena de inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos, considera que esta sanción es lesiva, ilegal y absurda.

En ese sentido, sostiene que la inhabilitación especial tiene carácter facultativo y complementario, en tanto cumple la específica función de prevención y que, en el caso, no se advierte qué es lo que la sanción vendría a prevenir.

Así, expresa que hace diez años que el imputado dejó esa comunidad educativa y que se viene desempeñando en su empleo sin ningún tipo de inconvenientes y sin tener ningún tipo de conflicto con la norma penal. Señala que, para que se imponga este tipo de pena, la incompetencia o el abuso tienen que ser en la actividad, y no con motivo de ella, lo que demuestra el desacierto de su aplicación.

Por otro lado, pone de resalto que el imputado se provee de sustento mediante la actividad que el a quo pretende impedirle ejercer y que, una vez cesado en sus funciones, no será reincorporado ni tendrá opción alguna en el mercado privado por haber dedicado toda su vida a la función pública y ser un hombre entrado en edad.

Asimismo, considera que el supuesto abuso en el cargo fue considerado expresamente como una agravante a los efectos de apartarse del mínimo de la escala penal, por lo que no puede ser tenido en cuenta nuevamente para imponer separadamente la pena complementaria como hace el sentenciante.

Finalmente, sostiene que el a quo no ha dado fundamentos suficientes para imponer la pena complementaria ni ha señalado qué es lo que se pretende prevenir concretamente con su aplicación.

En función de lo expuesto, solicita se case la sentencia impugnada declarándose la prescripción de la acción penal por el delito de lesiones leves, o bien, se case el fallo aludido dejando sin efecto la imposición de la pena complementaria de inhabilitación especial. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que debe rechazarse el recurso de casación en cuanto al agravio referido a la prescripción de la acción penal y acogerse en relación a la imposición de la pena complementaria de inhabilitación.

En lo que respecta al primer punto, sostiene que la acción penal no se haya prescripta, toda vez que la interpretación hecha por la mayoría del tribunal respecto de los arts. 67 y 77 del Código Penal no viola ningún derecho, y que el planteo subsidiario de insubsistencia de la acción resulta inadmisibles por no haberse planteado en la primera oportunidad.

En lo que se refiere a la aplicación de la pena de inhabilitación, entiende que se ha efectuado una doble imposición del ejercicio abusivo de la función pública.

Así, considera que a estas circunstancias se la ha tenido en cuenta, primero como agravante de la pena de prisión y, luego, al valorar la procedencia de la pena complementaria de inhabilitación. Señala también que el tribunal **aplicó oficiosamente la pena de inhabilitación**, excediéndose de la pretensión punitiva fiscal, puesto que no fue solicitada por el Ministerio Público Fiscal (cita al respecto el **precedente “Torres Surget”**).

4.- La solución del caso

Voto Dr. Llorente. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde rechazar el remedio casatorio interpuesto por la defensa de L. C. A y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada. Doy razones.

Tal como surge del escrito recursivo, la defensa del imputado no ha cuestionado la materialidad del hecho ni la responsabilidad endilgada a su defendido, sino que se ha limitado a plantear, por un lado, la prescripción de la acción penal del delito por el que fue condenado y, por otro, la improcedencia de la

pena de inhabilitación especial impuesta. En consecuencia, en el orden propuesto por el recurrente serán abordados los agravios casatorios.

a) **Acerca de la suspensión del curso de la prescripción en función de la calidad de funcionario público**

En relación a esta temática, considero que en el voto mayoritario del fallo recurrido se ha efectuado una adecuada aplicación de la norma vigente al caso concreto.

En primer lugar, debe señalarse que, si bien el recurrente considera que se habría vulnerado su derecho de defensa, al sostener el tribunal, con anterioridad al debate, que podría haber acaecido la prescripción de la acción penal y luego, durante ese acto, resolvió en sentido contrario, tal cuestionamiento no puede prosperar.

Ello, toda vez que el contexto en el que el tribunal habría vertido las expresiones referidas a una posible prescripción de la acción penal no lo obliga a resolver en el sentido pretendido por la defensa del imputado.

En efecto, los jueces que integraban la entonces Segunda Cámara del Crimen, de la Segunda Circunscripción Judicial, en oportunidad de rechazar la solicitud de sobreseimiento deducida por la defensa de C. A, sostuvieron que para proceder conforme a la petición «debía llegarse a la comprobación de la circunstancia de que se trate –en el caso, la prescripción de la acción penal–, con la más absoluta evidencia», lo que no se comprobó en aquél momento (fs. 513).

No pasa inadvertido que lo que se planteó en esa instancia fue el cambio de calificación de lesiones graves a lesiones leves y, en función de tal mutación, la prescripción de la acción penal correspondiente al encuadre sugerido, sin que haya sido mencionada por el tribunal la calidad del autor; pero tal circunstancia no obliga al órgano jurisdiccional -como pretende el recurrente-, puesto que el análisis efectuado no implicó un examen exhaustivo de los extremos de la imputación.

Ello, en tanto los magistrados procuraron evitarlo, tal como consignaron expresamente, para no emitir una preopinión en la causa que sería, en definitiva, sometida a su juzgamiento.

En virtud de ello, considero que las resoluciones previas que hayan hecho alguna somera mención del tópico sometido a estudio no obliga al tribunal, y tampoco implica una sorpresa para la defensa de C., toda vez que el encuadre de la función que éste desempeñaba en el carácter de funcionario público surge claro desde los inicios de la investigación, en los que se fijó la plataforma fáctica investigada.

Más evidente aún es el dictamen del Fiscal de Cámara, quien al contestar la vista conferida en relación a la solicitud de suspensión de juicio a prueba, consideró que no correspondía otorgar el beneficio como consecuencia de la existencia de un obstáculo legal, el derivado del rol de **empleado, equiparable a funcionario público**, que cumplía C. cuando se produjo el hecho investigado (dictamen de fs. 648 y vta.). Por ello, este punto del primer cuestionamiento no puede prosperar.

En segundo lugar, el impugnante se agravia por entender que el a quo habría variado el contenido de la imputación, al sostener que la conducta de su defendido se **basó en el género de la víctima**. Al respecto, considero que si bien le asiste razón al letrado defensor en cuanto a que el tribunal expresamente consignó que «tratándose el hecho de una acción de violencia física y psíquica desplegada por un adulto mayor, en ejercicio de una función pública, contra una niña de 16 años, y basada en su género» (fundamentos, fs. 805 vta.), lo cierto es que la «razón de género» no fue la determinante para que el voto mayoritario resolviera del modo en que lo hizo.

En efecto, la cuestión decisiva para que el tribunal sentenciante concluyera que la acción penal continuaba vigente es la calidad de funcionario público que C. ostentaba al momento de producirse el hecho objeto del proceso, por ser la única que tiene la capacidad de suspender el curso de la prescripción.

La problemática de género, al igual que la condición de niña que tenía la víctima al momento de los hechos, fueron advertidas por el a quo al sólo efecto de efectuar una interpretación integral de la normativa aplicable, pero en modo alguno podrían por sí solas operar como causales de suspensión de la persecución penal, en tanto la ley no les otorga tal efecto. En virtud de esas circunstancias, entiendo que esta crítica tampoco puede ser atendida.

En tercer lugar y en relación al tema bajo análisis, el recurrente considera que no pueden ser aplicados a la situación en que se encontraba su defendido las previsiones de los arts. 67 y 77 del CP, por cuanto C. era un empleado “raso” y fue apartado del establecimiento escolar en que se produjeron los hechos, de manera inmediata. En ese orden, cabe recordar la posición que ha asumido esta Sala, en sus diferentes integraciones, respecto de quiénes deben ser considerados funcionario y empleado público en los términos del art. 77 del CP.

Así, se ha sostenido que los conceptos funcionario público y empleado público aludidos «se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia ésta que se constituye en la clave para atribuir esa calidad al agente», en cualquiera de sus niveles jerárquicos (al respecto, ver fallo “Rodríguez”).

Esta circunstancia resulta evidente en la causa sometida a tratamiento, de cuyas constancias surge que, efectivamente, el hecho habría tenido lugar mientras el imputado se desempeñaba en el cargo de preceptor de la escuela ..., dependiente de la DGE, función que continuaba cumpliendo –al menos– hasta el dictado de la sentencia, conforme surge de fs. 805 de los fundamentos cuestionados y ha sido consignado por su defensor en el escrito recursivo.

Esta circunstancia pone de resalto que C. A. ejercía una función de carácter público, la que, independientemente de su mayor o menor rango jerárquico, lo posiciona bajo el concepto de funcionario público, conforme se explicó precedentemente.

En ese sentido, corresponde agregar, por un lado, que los delitos que son cometidos por funcionarios estatales tienen especial relevancia, puesto que a ellos los ciudadanos han sido confiada la administración de los asuntos públicos (al respecto, ver precedente “Bayón”).

Por otro, no puede pasarse por alto que la especial calidad que ostentan las personas que ejercen ese tipo de función, no sólo las sitúan en una posición diferenciada al momento de comisión del presunto ilícito sino que le otorgan la posibilidad de ejercer influencias o realizar actos que pudieran perjudicar el normal desarrollo del proceso o el éxito de la investigación seguida en su contra, que es lo que se pretende impedir, tal como se sostuvo en autos «Miráble Santillán».

Aplicadas estas pautas al caso concreto, de la prueba legítimamente incorporada surge claro que el cargo que ostentaba C. le permitió, efectivamente, ejercer actos de entorpecimiento probatorio, aún cuando el recurrente afirma que su baja jerarquía le habría impedido ejercer algún tipo de influencia.

Así lo consignó el sentenciante, en su voto mayoritario, al enumerar una serie de actos que revelan su accionar, tales como «la orden dada por sus colegas para la limpieza de las manchas de sangre en el aula y pasillo antes de la llegada de la prevención policial; la orden dada por otros empleados públicos a D. S. y otra alumna de lavar la campera de D. M. para eliminar las manchas de sangre que presentaba; el ocultamiento por parte de las autoridades de dicha campera a la policía, la que fue entregada luego de que los alumnos efectuaron una marcha por las instalaciones del establecimiento escolar para que apareciera la misma y el cuchillo, sin que se haya podido determinar dónde se la mantuvo oculta y qué docente dispuso su restitución en una bolsa como afirmó al testigo S.» (fundamentos, fs. 805); lo que

conduce, sin más, al rechazo de los argumentos casatorios vinculados a la condición de funcionario público que ostentaba el imputado al momento de los hechos.

En cuanto al planteo realizado en subsidio, relacionado con la **insubsistencia de la acción penal** por aplicación de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, considero que tampoco puede ser atendido.

Ello, con fundamento en que esta Sala –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente, y por diversos fundamentos que la insubsistencia de la acción penal resulta ser una construcción jurisprudencial que no acarrea el sobreseimiento por extinción de la acción penal, lo que sí ocurriría en el caso de la prescripción (cfr. “Castillo Castellón”; “Ochoa Rosales”; “Ahumada Maldonado”; entre otros). Las consideraciones allí efectuadas, las entiendo –en lo pertinente– aplicables al presente caso y, por ello, tampoco puede prosperar en este aspecto el cuestionamiento de la defensa. En ese sentido, nuestro Máximo Tribunal ha expresado que «la mera prolongación del proceso no torna automáticamente aplicable la solución del citado precedente –se refiere al caso Mattei (fallos 272:188)– sino que es necesario además que se demuestre la irrazonabilidad de esa prolongación» (fallos 312:552), circunstancia que claramente no se evidencia del estudio del presente caso.

Es que el recurrente al referirse a la supuesta violación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, se ha limitado solamente a remarcar el tiempo transcurrido desde el inicio de la causa, sin demostrar debidamente el menoscabo que la alegada prolongación temporal le habría ocasionado y sin mencionar que la dilación del presente proceso también obedece a la múltiples incidencias e impugnaciones que esa parte ha presentado en ejercicio de sus derechos.

De lo expuesto, surge con claridad que la normativa bajo análisis ha sido correctamente aplicada al caso concreto, sin que se advierta ningún vicio que permita acoger el agravio recursivo tratado en este apartado.

b) En relación a la imposición de la **pena de inhabilitación**.

La defensa de C. se agravia por entender que la pena de inhabilitación que le ha sido impuesta a su defendido resulta lesiva, ilegal y absurda, basándose principalmente en tres puntos de cuestionamiento. El primero, consistente en que el a quo, a pesar de los fines perseguidos por este tipo de sanción penal, no habría expresado qué conducta del imputado tiende a prevenir con su imposición.

El segundo, por considerar que el «abuso en el cargo» atribuido a su defendido habría sido utilizado por el sentenciante para apartarse del mínimo de la pena prisión impuesta y también para fundar la imposición de la pena de inhabilitación.

Finalmente, el tercero, referido a que, de ser aplicada esta pena, su defendido no tendrá oportunidad de ingresar al mercado laboral privado, en virtud de su edad y su experiencia laboral.

No obstante tales críticas, corresponde señalar que ninguna falencia se advierte en el fallo cuestionado en lo que a la determinación de la pena de inhabilitación se refiere.

Por el contrario, considero que las penas impuestas han sido individualizadas por el a quo en función de un meticuloso análisis de las circunstancias del caso y de las condiciones del imputado, ajustándose a lo dispuesto por la doctrina emanada por este Tribunal.

Así, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, de los fundamentos bajo estudio surge claro que lo que se pretende evitar con la imposición de la pena de inhabilitación es, justamente, que C. A. adopte un comportamiento contrario a derecho, «apartándose de los deberes [que imponen los cargos públicos] y haciendo un uso arbitrario y excesivo de las facultades» que éstos confieren, tal como ocurrió en el caso

de autos y destacó el a quo al describir el comportamiento del imputado por el que se lo consideró penalmente responsable (fundamentos, fs. 819 vta.).

Por otro lado, tampoco puede prosperar el argumento casatorio referido a que el «abuso del cargo» atribuido al imputado se habría ponderado dos veces, para fundar la pena de prisión y también la de inhabilitación. En efecto, si bien es cierto que el «abuso de cargo» fue considerado por el sentenciante al momento de individualizar la pena de prisión y también la de inhabilitación, ello **no puede ser interpretado como una doble valoración**, en tanto lo que se abordó para fundamentar las sanciones impuestas fueron distintos aspectos de una misma circunstancia agravante.

Así, en la determinación de la pena de prisión, el a quo tomó en cuenta que el imputado, «teniendo posibilidades de solucionar el conflicto por otras vías ..., como varón adulto y preceptor, optó, abusando de sus funciones, por llevar a la niña que no era su alumna a un aula vacía, ya determinado a lesionarla, lo que así hizo» (fundamentos, fs. 819).

Mientras que, en relación a la pena de inhabilitación, entendió que C. A. «cometió el delito de lesiones ...abusando de su empleo o cargo como preceptor, esto es apartándose de los deberes como tal, y haciendo un uso arbitrario y excesivo de las facultades que ejercía» (fundamentos, fs. 819 vta.).

Es decir que, el sentenciante consideró como agravante de la pena de prisión que el imputado haya aprovechado el lugar, situación de poder y vínculo con la víctima, derivados del cargo que desempeñaba, para cometer el ilícito que se le atribuye, aun cuando tuvo posibilidades concretas de solucionar el conflicto por vías idóneas; en tanto que, al determinar la inhabilitación especial impuesta, analizó el «abuso del cargo» como incumplimiento de deberes específicos y ejercicio arbitrario de las facultades emanados de la función que ejercía, aspecto propio de este tipo de pena.

Estas apreciaciones de ningún modo evidencian una doble valoración y, por ello, el agravio casatorio que las cuestiona debe ser desestimado.

Finalmente, considero que tercer argumento en base al cual la defensa del imputado pretende que se revoque la pena de inhabilitación se funda en una errónea apreciación de las consecuencias que derivan de las sanciones impuestas contra su defendido.

En efecto, el recurrente considera que la pena de inhabilitación para desempeñar cargos públicos impedirá a C. continuar trabajando en la actividad pública y que, debido a su falta de experiencia y edad, tampoco podrá desempeñarse en la actividad privada.

Sin embargo, soslaya la defensa del imputado que los efectos que le atribuye a la pena de inhabilitación, en rigor, no sólo se derivan de ella, sino también de la pena de prisión que le ha sido impuesta y que no ha sido cuestionada.

Así, esta última impedirá que C. se desempeñe en cargos públicos, conforme prevén los reglamentos que regulan la función **-art. 11, inc. a) del Estatuto del Empleado Público y cc del Estatuto Docente-**, aun cuando no hubiere sido sancionado también con la pena de inhabilitación que aquí se cuestiona.

En consecuencia, advierto que los motivos que invoca la defensa del imputado no poseen la pertinencia y entidad necesarias para revocar la decisión del a quo.

Sentado ello, estimo que las críticas del recurrente no pasan de ser cuestionamientos dirigidos a procurar la revisión de la determinación de la pena, basado tan sólo en el rol que ejerce, pero sin adecuado sustento en el derecho aplicable y las constancias de la causa.

Estas consideraciones conducen a rechazar también el agravio bajo análisis.

En virtud de esas consideraciones, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de L. R. C. A y dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dra. Orbelli y Dra. Isuani. Adhieren

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, las DRAS. ALEJANDRA ORBELLI Y MARINA ISUANI adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 822/830 vta. de autos y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 1449 dictada por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DRA. ALEJANDRA M. ORBELLI Juez de Cámara DRA. MARINA ISUANI Juez de Cámara.

15- MARTINEZ. 20-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-1°
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcMF.pdf

Lex: Art. 94, 55, 89 y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Lesiones leves culposas. Amenazas simples. Motivación de la sentencia. Principio de congruencia. Sana crítica. Sentencia nula. Método de la inclusión mental hipotética. Nuevo debate.

Summa:

El **JPC** condenó a F. A. M. M. a la pena de **seis meses de prisión** con los beneficios de su ejecución condicional, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves culposas en concurso real con amenazas simples (arts. 94, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal)

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria Indicando que se vulneró el principio de congruencia, porque el juzgador modificó la calificación y la plataforma fáctica, así como también afectó el principio in dubio pro reo, atento a que sostuvo que tenía dudas.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido porque la sentencia recayó sobre el mismo hecho objeto de acusación, y porque la defensa trata de separar los elementos probatorios para privarlos de la convicción que deriva de su reunión.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de F. A. M. M y anula la Sentencia N° 152 dictada por el JPC.

Resolución cuestionada: Sentencia N°152, pronunciada por el JPC N° 1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 299-104

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MDAxOTkzMDQ=&tabla=c2M=>

- L.S. 397- 124

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MDkxOTkxNDI=&tabla=c2M=>

- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf
- Concha, Jesús. 20-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Fernández Ortega y otros Vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 31-08-10
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339
- “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua” 08-03-18:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf

Doctrina citada.

Comisión IDH, Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 2011-2014, párr. 13.

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

(G.S.)

Fallo:

CUIJ: 13-04335332-7/1((038501-127022)) F. C/ M. F. P/ LESIONES LEVES CALIFICADAS (127022) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104411051*

En Mendoza, a los veinte días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04335332-7/1 caratulada "F. C/ M. F. P/ LESIONES LEVES CALIFICADAS S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de F. A. M. M. interpone recurso de casación (fs. 77/82) contra la sentencia de fs. 75/76, en tanto condena al nombrado a la pena de seis meses de prisión con los beneficios de su ejecución condicional, como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves culposas en concurso real con amenazas simples (arts. 94, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Resolución recurrida

Los hechos que refiere el a quo en la Sentencia N° 152 (fs. 75/76), que a continuación se transcriben, son los siguientes: «que siendo aproximadamente las 7 horas, del día 21 de diciembre de 2016, oportunidad en que la víctima B. J. H. O. se encontraba en su vivienda sita en ..., su pareja, F. A. M. , en la discusión que se generó, la insultó, la agarró del cuello, la tiró contra la cama, le manifestó "te voy a matar"; se dirigió hacia la mesa, tomó de arriba de la misma un cuchillo tipo tramontina con mango de color marrón con la hoja tipo serrucho, y al intentar la víctima quitárselo, la lesionó ocasionándole un corte de 2 cm de largo aproximadamente en la parte interna del dedo meñique de la mano derecha».

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa oficial porque de haberse realizado una correcta valoración de la prueba rendida, se habría llegado a la conclusión de que el imputado actuó sin dolo, absolviéndolo. Indica que se vulneró el principio de congruencia, porque el juzgador modificó la calificación y la plataforma fáctica, así como también afectó el principio in dubio pro reo, atento a que sostuvo que tenía dudas.

Aduce que el a quo no tuvo en cuenta la declaración de su pupilo, desechando su defensa porque no puso ese día una denuncia contra la víctima luego de que ella lo agrediera.

Agrega que el certificado médico no constituye prueba sobre cómo fue la mecánica de los hechos, así como tampoco indica la antigüedad de la lesión; que el a quo dice que la denunciante habló de un forcejeo y que no tuvo en cuenta que también dijo que su pareja tomó el cuchillo para quitarse la vida, y que le clavó el cuchillo forcejeando.

Se queja igualmente, porque si bien la deponente manifestó que sintió miedo, no se retiró del lugar y radicó la denuncia más de una semana después, reconociendo el a quo que no dijo que sintió temor sino rabia y que denunció porque la hermana del imputado fue de mala manera a hablar con ella, de donde

deriva la defensa que no hubo temor ante las amenazas. Alega que en la duda acerca de la mecánica de los hechos, el juzgador decide aplicar el tipo culposo; que su conducta es atípica respecto de las lesiones. Que el imputado dijo que él nunca tuvo el cuchillo en sus manos y la víctima, que él tomó el cuchillo para matarse o que las lesiones las recibe en el forcejeo debido a que intentó quitarle el cuchillo. Se agravia también porque la hipótesis del delito culposo no fue tenida en cuenta en ningún momento del proceso ni siquiera por el fiscal, lo que implica una variación de la plataforma fáctica. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que se debe rechazar el recurso, entre otros motivos, porque la sentencia recayó sobre el mismo hecho objeto de acusación, y porque la defensa trata de separar los elementos probatorios para privarlos de la convicción que deriva de su reunión.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso debe ser acogido. Ello por cuanto en nuestro ordenamiento procesal la sentencia será nula, si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4° CPP).

De tal modo, la exigencia de motivar las sentencias tiende a asegurar la recta administración de justicia, según ha dicho este Cuerpo reiteradamente (**L.S. 299-104, entre otros**), surgiendo este imperativo como garantía innominada del art. 33 de la Constitución Nacional, y en forma expresa como derivación lógica de los derechos de defensa y debido proceso consagrados por el art. 18 de la Constitución Nacional, desde que el dictum debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión, sobre cada una de las cuestiones planteadas, lo que el juzgador no ha hecho.

En efecto, si bien el a quo tuvo por cierto que existió un corte de dos centímetros de largo en el dedo meñique de la mano derecha de B. H., no especificó en qué circunstancias fue causado, esto es, si el imputado «... la agarró del cuello, la tiró contra la cama,... se dirigió hacia la mesa, tomó de arriba de la misma un cuchillo» como surge de la acusación formulada, transcripta en la Sentencia N° 152 (fs. 75/76), o si tomó ese cuchillo con la intención de quitarse la vida, porque estaba cansado de «... nosotros, él quería hacer vida de soltero» (registro audiovisual, minuto 20 aproximadamente), tal como dijo en el debate la testigo prementada y el impugnante pone de resalto (recurso, fs. 79).

Además, el sentenciante dice dudar si el accionar del encartado fue doloso o culposo, inclinándose por este último supuesto sin mencionar, como era su deber, si fue negligente o imprudente, o bien, qué deber de cuidado violentó con su comportamiento. Tampoco establece el juez cómo fue que el encausado alarmó o amedrentó a la denunciante, ya que en el video que registra el debate y los fundamentos, este magistrado expresa que el imputado «... puede ser que en ese momento le haya dicho te voy a matar...» (minuto 52:33 aproximadamente), empleando un tiempo verbal reñido con la certeza requerida para condenarlo, por el delito previsto en el art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal. A esto se aduna que el inferior afirma que la denunciante «... si bien no dijo temor, puede haber sentido rabia, que no lo quiere ni ver ...» (52:13), término equívoco que no hace referencia necesariamente a la alarma o amedrentamiento requeridos por el tipo legal.

Estos aspectos en el contexto de autos, ante las dudas expresadas por el juzgador y las falencias hasta aquí enunciadas, revisten en su conjunto entidad para modificar la solución final, a tenor del método de la inclusión mental hipotética, usado por esta Sala con anterioridad (**L.S. 397- 124, 397-177, 400-38**).

Cabe señalar que lo precedentemente establecido no implica un cuestionamiento de la oralidad de la fundamentación, toda vez que según he dicho en «Robledo Vergara», a partir de la implementación de la ley 9040, la autorización para exponer oralmente los fundamentos proviene del propio texto legal y la profundización del carácter acusatorio adversarial del juicio penal se traduce, entre otros aspectos, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen a rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal.

En definitiva, el tenor de los vicios hasta acá revelados, relevan el tratamiento del resto de los agravios vertidos e imponen la anulación del dictum, de conformidad con lo dispuesto por el art. 416 CPP, y la realización de un nuevo debate. Por lo tanto, y oído el señor Procurador General, corresponde anular el debate y la sentencia impugnada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhieren

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

Voto Dr. Adaro. Adhieren

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan a la declaración de nulidad de los actos procesales referidos.

En particular me interesa destacar que las contradicciones y falencias en el razonamiento del sentenciante descriptas en el voto que me precede, y que dan sustento a la solución que se propicia, implican –según entiendo– la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad (conf. «**Concha, Jesús**»).

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que «en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (Corte IDH, **Caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua**», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 152).

De este modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento, lleven adelante con diligencia y eficacia su tarea, ello con el objeto de dar cumplimiento con las obligaciones del Estado de sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones.

Ello con el objeto de brindar a las víctimas una respuesta justa y en un plazo razonable, como también fortalecer la confianza de este sector vulnerable de la población, en las instituciones estatales encargadas

de aplicar los estándares que en materia de género imponen los compromisos internacionales en la materia.

Al respecto, la Comisión Internacional de Derechos Humanos entiende que la aplicación de los estándares del sistema interamericano «exige de los Estados esfuerzos concretos, deliberados e inmediatos para cerrar la brecha entre los compromisos de derechos humanos que han asumido, y la protección plena y real de los derechos humanos» (**Comisión IDH, Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 2011-2014, párr. 13**).

Por último, debo señalar que, conforme la hipótesis sostenida por el acusador a lo largo de todo el proceso, los hechos investigados se enmarcan en un contexto de violencia de género.

En razón de ello, estimo necesario destacar que los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar su labor no sólo a acreditar los extremos de la imputación, sino también a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

En este entendimiento, debe ponderarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental (ver Corte IDH, **caso «Fernández Ortega y otros. vs. México»**, sentencia del 30/08/2010, serie “C” N° 215 y caso «Rosendo Cantú y otra Vs. México», sentencia de 31/08/2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

Conforme con lo expuesto, estimo que la falta de diligencia en la dirección de los procesos de esta naturaleza y la **omisión de un análisis con perspectiva de género** por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 77/82 y, en consecuencia, anular el debate y la Sentencia N° 152 (fs. 75/76) debiéndose remitir los obrados a la OGAP a efectos de que practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 77/82 por la defensa oficial de F. A. M. M.
- 2.- Anular la Sentencia N° 152 (fs. 75/76), debiéndose remitir los obrados a la OGAP a efectos de que practique el sorteo tendiente a determinar el tribunal que deberá continuar entendiendo en la causa, realizar un nuevo debate y emitir pronunciamiento conforme a derecho.

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

16- MORALES. 12-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-1°
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcMorales.pdf

Lex: Art. 89, 92 y 80 inc. 1, 55, y 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Art. 474 del CPP.

Vox: Lesiones leves dolosas calificadas. Relación de pareja preexistente. Concurso real. Amenazas simples. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de ejecución condicional** con accesorias y costas de proceso por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente en concurso real con lesiones leves dolosas y amenazas simples (arts. 89, 92 y 80 inc. 1, 55, y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del C.P.); asimismo, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (arts. 29 inc. 3, 26, 40, 41 del C.P).

La **defensa** interpone recurso de casación.

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica y, consecuentemente, dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el punto 6) del resolutive N° III de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2922, pronunciada por el Primer Juzgado Correccional 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Araujo. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189>
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ferrada Palma. 07-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf

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

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-04327901-1/1((032101-23576)) F. C/ MORALES KADER, CARLOS FRANCISCO P/ LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA CONDICION DE EX PAREJA DE LA VICTIMA, LESIONES LEVES DOLOSAS Y AMENAZAS SIMPLES, TODO EN CONCURSO REAL (23576) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104403265*

En Mendoza, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04327901-1/1, caratulada “F. C/ MORALES KADER, CARLOS FRANCISCO P/LESIONES LEVES DOLOSAS CALIFICADAS POR LA CONDICIÓN DE EX PAREJA DE LA VÍCTIMA; LESIONES LEVES DOLOSAS Y AMENAZAS SIMPLES, TODO EN CONCURSO REAL P/RECURSO DE CASACIÓN”.

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

La defensa técnica de Carlos Francisco Morales Kader interpone recurso de casación (fs. 123/126 vta.) contra la Sentencia N° 2922 y sus fundamentos (fs. 109/121), en tanto condena al encausado a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional con accesorias y costas de proceso por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas calificadas por la relación de pareja preexistente en concurso real con lesiones leves dolosas y amenazas simples que se le atribuye en la causa P-23576/15 (arts. 89, 92 y 80 inc. 1, 55, y 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del C.P.); asimismo, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que se le atribuye en los autos P-8360/16 (arts. 29 inc. 3, 26, 40, 41 del C.P).

El pronunciamiento fue dictado por el entonces Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial.

A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- La resolución recurrida

En fecha 27 de diciembre de 2017, el entonces Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial tuvo por corroborados con el grado de certeza que demanda la etapa procesal transitada los hechos intimados al acusado en los autos N° P-23.576/15 y N° P-8.360/16.

Respecto del primero de ellos, el tribunal aseveró que «[e]l día 19 de marzo de 2015 a las 19,00 horas, la señora Claudia Romualda Ramírez caminaba por calle Álvarez Condarco en compañía de dos de sus hijos menores de edad. Al llegar a la vivienda ubicada en intersección con calle Chacabuco, la Sra. Claudia Romualda Ramírez, se percata de la presencia en esa vivienda del Sr. Carlos Francisco Morales, su ex pareja y padre de los dos niños menores de edad que paseaban con Claudia y le gritó “violador”, porque entendía que el acusado había abusado de su hija menor de edad poco tiempo después de su separación. Esta ofensa provocó la reacción del acusado que salió de la vivienda y fue directamente contra la señora Claudia a quien tomó de los cabellos y empujó contra una pared, dándole golpes de puños y patadas en las piernas. Anita, al observar la agresión de la que estaba siendo objeto su madre, acudió en su defensa, pero fue también agredida de la misma forma por el ahora acusado, ya que también la tomó de los

cabellos y le dio golpes de puño y patadas, arrancándole un mechón de pelo. La agresión termina cuando intervienen vecinos que afirman haber llamado a la policía.

El acusado se montó a su motocicleta y se retiró del lugar. Producto de este accionar, las mujeres concurrieron a radicar denuncia y fueron luego examinadas por el médico de sanidad policial que certificó lesiones en cada una de las víctimas.

Así, en la humanidad de Claudia, encontró que al momento del examen presentaba traumatismo de dedo mano derecha, hematomas en ambas piernas y determinó tiempo probable de curación de dos días con dos días de incapacidad laboral y respecto de Anita, observó que presentaba scalp en cuero cabelludo, hematoma en pierna izquierda y cefalea, con dos días de curación y de incapacidad laboral» (ver fundamentos, fs. 117 vta./118).

Para decidir de esa manera, el tribunal sostuvo que la hipótesis fiscal encontró sustento en «[e]l testimonio coincidente de las víctimas del suceso, que cuentan con corroboración periférica en elementos de convicción objetivos e independientes, tal, el certificado médico que acredita las lesión en las zonas donde debieran estar según sus propios relatos», y en «[e]l juicio de verosimilitud o credibilidad que los profesionales a cargo de la pericia psicológica practicada establecieron respecto de sus relatos en forma contemporánea al debate» (ver fundamentos, fs. 118 vta./119).

Respecto de los autos N° P-8360/16, el a quo consideró probado que «[e]ntre el mes de marzo del año 2015 y el mes de enero de 2016 CARLOS FRANCISO MORALES no dio cumplimiento al pago de la cuota alimentaria respecto de sus hijos Samar Candela y Hadid Leonel Morales, cuota que debía abonarse por intermedio de un familiar a la progenitora de los menores, Claudia Romualda Ramírez, en el domicilio sito en Barrio San Pedro, Manzana 18, casa 22, San Martín, Mendoza» (ver fundamentos, fs. 119).

Respecto de este objeto el tribunal sostuvo que, a partir de las constancias incorporadas al proceso, quedó demostrado que desde marzo del 2015 hasta la fecha de la sentencia el acusado no había realizado aporte alguno capaz de satisfacer las necesidades básicas o indispensables para la subsistencia de sus hijos; pero que, por no haberse ampliado la acusación mediante los mecanismos procesales habilitados, la condena sólo podía limitarse al período de tiempo definido en la acusación (ver fundamentos, fs. 119).

II.- El recurso de casación

La defensa letrada del acusado impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P., es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo e in iudicando.

En lo que respecta a los agravios de carácter formal, el recurrente entiende que la sentencia se encuentra viciada por haber arribado a la condena de su pupilo de manera arbitraria.

Al respecto señala que el a quo ha cercenado toda explicación alternativa a la hipótesis acusatoria de manera reprochable puesto que es factible que los elementos probatorios incorporados también expliquen una hipótesis desincriminatoria, configurándose así un margen de dudas. A partir de este marco señala tres pasajes de los fundamentos de la sentencia que considera arbitrarios.

En primer lugar, critica el valor convictivo asignado a los testimonios de las víctimas al señalar que, con base en dichos elementos, el tribunal «amalgamó» el caudal probatorio restante.

Tras repasar las consideraciones del tribunal en este aspecto advierte que se tuvo por corroborado que el acusado reaccionó desmedidamente ante el mote de «violador», expresión que le habría proferido una de las víctimas, pero que, sin embargo, no fue mencionada por estas sino sólo por el acusado.

De este modo, según se desprende del recurso, la defensa señala que el tribunal tuvo corroborado un grado de animosidad de la denunciante que no surge acreditado en la causa, motivo por el que el presunto móvil de la reacción del acusado debe tenerse como improbable.

En segundo lugar, la defensa del acusado sostiene que las lesiones acusadas no constaron de una debida comprobación. En efecto, tras percatarse de que las víctimas señalaron que fueron al médico de la policía al día siguiente de haberlas sufrido, y que esto fue el día 29 de marzo de 2015, deduce que la agresión del acusado se habría producido el día 28. Sin embargo, indica la defensa, no existe relación alguna con la denuncia puesto que, de acuerdo con las víctimas, el acusado las habría agredido el día 19 de marzo. Dicho con otras palabras, el recurrente señala que las lesiones constatadas no son las denunciadas.

Finalmente en este aspecto, la defensa sostiene que las amenazas acusadas a su asistido también fueron corroboradas de manera arbitraria. En este sentido, señala que el único elemento objetivo capaz de dar claridad es la pericia psicológica del imputado puesto que las declaraciones de las víctimas podrían ser gananciales.

Así, tras repasar los extremos de dicha pericia, indica que la prueba no se corresponde con el juicio crítico de la sentencia. En otro orden de ideas, en el marco de los vicios de tipo sustancial, el recurrente se agravia porque en la causa P-8360/16 se impuso al acusado como regla de conducta la obligación de cumplir la cuota alimentaria que fue materia de decisión en la justicia civil.

Ello, según señala, no sólo excede las facultades del Juez Correccional, sino que, además, implica crear una vía legal para procurar el cumplimiento de dicha obligación alimentaria. En este sentido agrega que, la imposición del tribunal ha vulnerado el principio ne bis in idem puesto que por el período comprendido entre marzo del 2015 y enero del 2016, el acusado ya recibió condena a tres años de prisión en suspenso. Al sancionarse nuevamente ese incumplimiento por el mismo período, señala, se sanciona al acusado por el mismo hecho.

Finalmente, la defensa entiende desacertado que el tribunal a quo haya dispuesto el cumplimiento de la obligación alimentaria de períodos posteriores a los denunciados puesto que, al manifestarse de esa manera, el tribunal se expidió sobre materia que no formó parte del objeto de contradicción, vulnerando disposiciones constitucionales.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras repasar los argumentos del recurrente, entiende que corresponde rechazar sustancialmente las pretensiones defensivas.

De forma preliminar, señala que el recurso analiza algunos indicios de manera aislada y no alcanza a señalar cuáles son los vicios o errores presentes en el razonamiento. En lo relativo a los vicios de valoración en las declaraciones testimoniales señala que, a pesar de no surgir con claridad cuál es el agravio, el tribunal analizó debidamente los testimonios de las víctimas y la declaración del acusado, cotejando la prueba incorporada para señalar que el supuesto de agresión sexual que configurara el motivo de la animadversión de la denunciante, sí existió.

En lo que respecta a las lesiones de las víctimas, indica que las pretensiones defensivas respecto de las fechas de las mismas ya fueron explicadas por el a quo y que lo relevante es que se encuentran ubicadas de acuerdo con las versiones que dieron las víctimas.

Finalmente, en torno a la imposición de la obligación de observar el cumplimiento de la cuota alimentaria decidida en sentencia civil, como regla de conducta, sostiene que ello fue especialmente justificado por el a quo, considerando el superior interés de sus hijos y la obligación de los tribunales de procurar la solución de los conflictos.

Además, recuerda que el art. 27 bis permite al Tribunal modificar dichas reglas según resulte conveniente al caso.

Concluye al señalar que los agravios enumerados por el recurrente reflejan simples discrepancias y no en vicios concretos de la sentencia.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación formulado por la defensa técnica del imputado Carlos Francisco Morales y, en consecuencia, debe dejarse sin efecto la pauta de conducta establecida en el punto 6) del resolutivo N° III de la sentencia cuestionada. Paso a explicarlo.

a. Vicios in procedendo

Conforme con el esquema argumentativo planteado por el recurrente, corresponde, en primer lugar, expedirse respecto de los agravios señalados en el marco de la presencia de vicios formales. En este caso la defensa sostiene, como conclusión, que la sentencia condenatoria es nula por valorar los elementos probatorios incorporados de manera arbitraria y evalúa, como premisas que apoyan esta posición, algunos pasajes de los fundamentos del a quo. Entiendo que el recurso incoado no demuestra, desde esta perspectiva, de qué manera las irregularidades indicadas fundamentan la sanción por nulidad.

En lo que respecta a la valoración de los testimonios, concuerdo con el Procurador General en tanto advierte que el recurrente no explica la forma en que el tribunal les ha otorgado un peso convictivo inadecuado. La lectura del remedio casatorio parece sugerir que no se encuentra probada la reacción desmedida del acusado puesto que el móvil que habría tenido para agredir a la denunciante, esto es, la alusión de que sería un abusador, tampoco lo está.

Esta idea no puede tener recibimiento favorable en esta instancia ya que no se compadece con ningún elemento probatorio incorporado. En efecto, este extremo de los hechos fue corroborado por el a quo a partir de prueba legítimamente rendida en la causa, en concreto, a raíz de la declaración de Claudia Ramírez, quien reconoció haberle recriminado a Morales la intervención en un supuesto hecho de abuso sexual, y de la declaración del propio acusado.

Mediante el estudio de estos relatos el tribunal encontró certeza acerca de cómo se originó el conflicto, siendo esta circunstancia una ampliación de la plataforma que en nada modifica los hechos acusados y la calificación de los mismos.

En este sentido, además, debe decirse que el recurrente no aporta ningún dato de interés que ayude a clarificar de qué manera la certeza hallada por el a quo acerca del origen de la agresión, ha significado una merma en los derechos y garantías del acusado y su defensa, o cómo es que la sentencia se ha valido de prueba no incorporada o rendida en el debate para corroborar los hechos. Estos motivos resultan suficientes para rechazar el primer agravio.

El segundo punto de crítica formal, que sostiene que las lesiones constatadas por el personal médico policial no pueden ser las relatadas por las denunciante puesto que no coinciden las fechas indicadas, tampoco puede ser recibido.

En este aspecto debe decirse, por un lado, que el error de las declarantes al precisar el día en el que acudieron a sanidad policial (que no excede un margen de 7 días), puede haber obedecido al largo tiempo transcurrido entre la fecha en la que se sucedieron los hechos, 19 de marzo de 2015, y la fecha en que se

celebró el debate, 12 de diciembre de 2017, lo que resulta más razonable que la idea que intenta hacer valer el recurrente en esta instancia.

En segundo lugar, no puede soslayarse que el hecho de que las víctimas hayan sostenido que concurrieron a sanidad policial el día posterior a la denuncia y que esto no surja datado en los certificados médicos, no puede desvirtuar la coincidencia entre el tipo de lesiones constatadas por el médico policial y las relatadas por Claudia y Ana Ramírez. Frente a esta clara similitud, el recurrente no formula ningún tipo de argumento capaz de sostener una explicación alternativa y de restarle fuerza convictiva a dichos certificados médicos.

Finalmente en este marco, también cabe rechazar el agravio que indica una arbitraria corroboración de las amenazas proferidas por Carlos Morales. Ello puesto que, no existe en el recurso analizado ningún tipo de análisis, basado en las constancias de la causa, que pueda demostrar la propuesta sugerida por la defensa, esta es, que las testigos-víctimas actuaron con fines gananciales.

En efecto, frente al examen de credibilidad practicado por el tribunal a partir de la comparación de ambos testimonios, y de estos con las certificaciones médicas, el recurrente se limita a mencionar la probable imparcialidad de las testigos sin indicar elemento alguno que avale su postura.

Además, debe decirse que la pericia psicológica practicada a Morales no puede hacerse valer como un medio de prueba capaz de constatar la mendacidad de la acusación; su fin no es el de arrojar claridad sobre el acontecimiento de hechos pasados, sino el de formular precisiones respecto de la capacidad del acusado para ser sometido a proceso.

En conclusión, los vicios indicados por la defensa como supuestos de arbitrariedad en la valoración de la prueba no tienen la entidad suficiente para provocar la nulidad de la sentencia analizada.

Según se advierte, el tribunal se ha valido ajustadamente de todos los elementos de prueba incorporados para tener por corroborados los hechos endilgados al acusado y, en este marco, ha meritado la credibilidad de los testimonios con una adecuada perspectiva de género, en tanto la labor del tribunal armoniza con los argumentos sostenidos por este Cuerpo en diversas oportunidades (ver **causas «Galdeano Araujo», «Merlo Lassa» y «Ferrada Palma»**).

b. Vicios in iudicando

En otro orden de ideas, debe decirse que la crítica apuntada por la defensa en el marco de los autos N° P-8360, al señalar errores en la aplicación de la ley sustantiva, debe ser parcialmente acogida. En primer lugar ha de señalarse que la condena no excede la materia que fue objeto de contradicción, por el contrario, tras constatar que el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar seguían sucediéndose a la fecha de la sentencia, el tribunal aclaró que la condena penal se limitaba a los períodos que fueron imputados y por los que el acusado se defendió (ver fundamentos, fs. 119).

En segundo lugar, debe indicarse que tampoco le asiste razón al recurrente al sostener que se ha vulnerado el principio ne bis in idem, puesto que no existe en la presentación recursiva ni en las constancias del expediente ninguna constancia que demuestre que el acusado haya sido condenado por el mismo hecho y por el mismo período de tiempo.

No obstante, sí resulta acertada la crítica del recurrente en lo relativo a la individualización de las pautas de conducta impuestas por el tribunal tras decidir sobre la condicionalidad de la ejecución de la pena de prisión. Por un lado, debe destacarse que en la sentencia recurrida se fija como pauta de conducta la prohibición de abusar de bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas o de consumir estupefacientes, exigencia que, según entiendo, no se muestra para nada relacionada con las circunstancias probadas del hecho acusado (ver resolutive N° III inc. 2 de la sentencia obrante a fs. 109 vta.).

Si bien dicho resolutivo no ha sido objeto de agravio por la defensa del acusado, (razón por la que la competencia de este tribunal se encuentra limitada a efectos de declarar su nulidad o modificarlo), entiendo apropiado, a modo de obiter dictum, dejar salvada mi posición en este aspecto.

Como advertí, la pauta de conducta que impone la prohibición de abusar bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas o de consumir estupefacientes, no se encuentra acompañada de prueba alguna que indique que el acusado haya estado influenciado por alguno de esos elementos al ejecutar las conductas lesivas por las que se le condena, motivo que sugiere que el tribunal no ha tenido en cuenta que las reglas previstas en el art. 27 bis se justifican «en tanto resulten adecuadas para prevenir nuevos delitos», aspecto en el que no puede dejar de explicarse cuál es la relación subyacente entre dichas restricciones y la evitación de nuevos hechos delictivos (ver fundamentos, fs. 120 vta.).

Por otro lado, no obstante, debe decirse que resulta injustificado que el a quo haya establecido, como regla de conducta, el cumplimiento de la sentencia dictada en los autos N° 46.270/15 del Segundo Juzgado de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial (ver el punto 6) del resolutivo N° III de la sentencia obrante a fs. 109 y vta.). Esta regla debe ser dejada sin efecto.

En efecto, al hacer depender la condicionalidad de la ejecución de la pena de prisión, del efectivo cumplimiento de las obligaciones alimentarias señaladas en dicha sentencia, el tribunal de mérito no sólo ha creado una vía ejecutiva que no está prevista en el código de rito correspondiente – excediendo así los límites de su competencia–, sino que, también, se ha alejado de los parámetros del art. 27 bis del CP.

Esto último, por lo siguiente: el a quo ha considerado que la obligación de cumplir la cuota alimentaria decidida en la sentencia civil es necesaria a fin de «torcer la [...] irreductible conducta elusiva de [las] obligaciones del acusado» (ver fundamentos, fs. 120 vta.).

Según entiendo, esta manera de razonar no resulta adecuada, puesto que el tribunal de sentencia no ha explicado de modo alguno cómo es que el cumplimiento de las obligaciones civiles impuestas en la justicia de familia guarda relación con el hecho procesal controvertido, ni cómo previene la comisión de nuevos hechos delictivos. Según mi parecer, el argumento propuesto por el tribunal ilustra, más bien, un fin coercitivo. Además, también debe decirse que la imposición del tribunal de sentencia se muestra alejada y desproporcional respecto del hecho procesal por el que fue condenado el acusado.

Según ha explicado el tribunal, a Morales se le condena por la inobservancia de las obligaciones alimentarias correspondientes al plazo comprendido entre marzo de 2015 y enero de 2016, es decir, por un plazo un poco menor al año.

No obstante, la pauta de conducta impuesta por el tribunal se extiende por un plazo de tres años, lo que, aunado a la falta de motivación señalada, indica que la regla de conducta criticada no guarda una adecuada relación con el hecho procesal objeto de condena.

En virtud de lo dicho, entonces, entiendo que debe acogerse parcialmente el recurso de la defensa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el punto 6) del resolutivo N° III de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia,

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 123/126 vta. por la defensa de Carlos Francisco Morales Kader y, consecuentemente, dejar sin efecto la regla de conducta estipulada en el punto 6) del resolutivo N° III de la sentencia recurrida, confirmando la misma en todos sus demás aspectos.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de diciembre de 2019.-

Capítulo III.

Delitos contra el honor.

CAPITULO III. DELITOS CONTRA EL HONOR.

1- RIVAS GATTARI. 15-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-3°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_QuerellaRivas.pdf

Lex: Art. 109, 59, 62, 67 del CP. Art. 353, 373 del CPP.

Vox: Calumnias. Delitos de acción privada. Causales de suspensión del curso de la prescripción.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** dispuso sobreseer definitivamente a Nicolás Alejandro Tobares Videla, Miguel Adrián Fernández Farías y Fabiana Lorena Martín Zapata, por prescripción de la acción penal por el delito de calumnias (arts. 25.990, 67 y 109 del C.P.; y art. 373 del CPP)

El **querellante** P.A. Rivas Gattari, con patrocinio letrado, interpone recurso de casación contra la sentencia ut supra mencionada.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4577, pronunciada por el 1° Juzgado Correccional-1° CJ.

Doctrina citada

D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ; Código Penal Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pág.679

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

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-02847996-9((012174-11040301)) QUERRELLA RIVAS GATTARI PEDRO ALEJANDRO C/ TOBARES VIDELA ALEJANDRO, FERNANDEZ FARIAS MIGUEL ADRIÁN Y MARTIN ZAPATA FABIANA LORENA S/ CALUMNIAS (143807) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102870432*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-02847996-9, caratulada “QUERRELLA RIVAS GATTARI, PEDRO ALEJANDRO C/ TOBARES VIDELA, ALEJANDRO Y OTS. S/ CASACIÓN”.

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

El querellante Pedro Alejandro Rivas Gattari, con el patrocinio del Dr. Lucas Lecour, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.577, en cuanto dispuso sobreseer definitivamente a Nicolás Alejandro Tobares Videla, Miguel Adrián Fernández Farías y Fabiana Lorena Martín Zapata, por prescripción de la acción penal por el delito de calumnias (arts. 25.990, 67 y 109 del C.P.; y art. 373 del CPP); pronunciamiento dictado en autos N° 143.807 por el Primer Juzgado Correccional de esta Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Resolución recurrida

El tribunal a quo dispuso el sobreseimiento cuestionado por entender que había operado en la presente causa la prescripción de la acción penal, en virtud de lo dispuesto por el art. 67 del CP, conforme ley 25.990.

Para decidir de tal modo, el sentenciante consideró que el último acto con capacidad interruptiva de la prescripción lo constituye el decreto de fs. 247, de fecha 18 de diciembre de 2.012 (resolución de fs. 274).

II.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del CPP, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

a) Vicios sustantivos.

Interpretación contra legem del art. 67 del Código Penal. Expresa que la resolución impugnada carece de fundamentos y que el a quo ha interpretado erróneamente el art. 67 del CP, donde se establece que la suspensión del curso de la prescripción se extiende aún «para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público».

Sostiene que ese extremo se encuentra comprobado con la prueba instrumental acompañada con el escrito de presentación de la querrela y que, teniendo en cuenta que las injurias fueron vertidas por los imputados en el ejercicio de una función pública, la prescripción de la acción penal en la presente causa se encuentra suspendida.

Señala además que el sentenciante ha hecho hincapié en que la modificación realizada al artículo 67 del Código Penal por la ley 25.188 no incluye a los miembros de la policía, lo que no responde a las reglas de la lógica y de la sana crítica racional en la interpretación de la norma.

b) Vicios formales.

Defectuoso trámite de la excepción interpuesta Sostiene que el a quo no ha observado el trámite establecido por ley procesal para la sustanciación de la excepción interpuesta por la defensa de los imputados.

Así, expresa que, por un lado, los plazos establecidos por el art. 19 del CPP se encontraban extinguidos al momento en que se dedujo la incidencia; y que, por otro, se omitió correr vista a esa parte querellante de la excepción interpuesta, conforme dispone el art. 21 del código de rito. En virtud de ello, solicita se declare la nulidad de la sentencia atacada.

III.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el representante legal de la querella, en razón de verificarse en la resolución cuestionada vicios que ameritan su anulación. Paso a explicarlo.

Tal como surge de la sentencia en crisis y del escrito recursivo, la cuestión a dilucidar en esta instancia se circunscribe a determinar si:

- a) la causal de suspensión del curso de la prescripción basada en la calidad de funcionario público resulta aplicable al caso concreto, y
- b) si en el tratamiento dado por el sentenciante a la excepción de prescripción deducida por la defensa de los querellados se han observado las reglas dispuestas por el CPP.

En consecuencia, ese será el orden en que se abordará el planteo casatorio sometido a estudio.

a) Delitos de acción privada. Causales de suspensión del curso de la prescripción.

En relación a esta primera cuestión, corresponde señalar que el art. 67, segundo párrafo del Código Penal –a partir de la modificación introducida por **ley 25.188**– establece que la prescripción se suspende «en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la **función pública**, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público».

En ese orden, cabe recordar, por un lado, que antes de la reforma aludida, la causal de suspensión sólo operaba en relación a algunos delitos contra la administración pública –se mencionaban: cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito y prevaricato–, pero a partir de la ley 25.188, **antes citada, la suspensión se aplica a «cualquier delito cometido en el ejercicio de la función pública» (D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ; Código Penal Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pág. 679)**, por lo que quedan comprendidos todos aquellos casos en que se utilice un cargo público.

Ello, en virtud de dos razones: la primera, porque **la finalidad de la norma** en cuestión no es otra que el correcto desempeño de la función pública y, la segunda, en virtud de que el texto legal no hace distinciones en cuanto al tipo de delito, por lo que no es posible distinguir donde la ley no lo hace. Por otro lado, se advierte que no es posible predicar de la disposición señalada que no resulte **aplicable a los funcionarios de policía**, como sostiene el a quo.

En efecto, tal afirmación no cuenta con ningún sustento legal, máxime cuando el art. 77 del Código Penal define al **«funcionario público» como «todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas [...] por nombramiento de autoridad competente»**, lo que, sin necesidad de esfuerzo interpretativo alguno, resulta aplicable a los funcionarios policiales y así ha sido receptado por la doctrina y jurisprudencia.

Lo dicho se ve reforzado con el propio texto de la **ley 25.188 de «Ética en el ejercicio de la función pública»**, la que en su art. 1° establece que son sujetos de aplicación «todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, **extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado»**, y en su art. 2° explicita cuáles son los deberes y pautas de comportamiento ético que aquellas deben observar, sin que se advierta la exclusión de ese catálogo de conductas pasibles de ser encuadradas en delitos de acción privada, como sostiene el sentenciante.

Ahora bien, aclarados estos conceptos, corresponde determinar si en el caso sometido a estudio los querellados eran **funcionarios públicos** al momento de los hechos denunciados, si esos acontecimientos tuvieron lugar en el ejercicio de la función pública de aquéllos y, finalmente, si las personas denunciadas continúan desempeñando tal función.

En esa línea de análisis, de las constancias de la causa surge con claridad que, al menos dos de esas circunstancias, se verifican en el caso de autos.

Así, conforme consta a fs. 241/243 de la querella, Alejandro Tobares Videla, Fabiana Lorena Martín Zapata y Miguel Adrián Fernández Farías vertieron dichos injuriantes en relación a Pedro Alejandro Rivas Gattari, mientras se desempeñaban como Cabo P.P., Auxiliar P.P. y Oficial Ayudante, respectivamente, de la Policía de Mendoza y su conducta habría tenido lugar – conforme la pretensión del querellante– en el ejercicio de su función, puesto que ostentando los cargos que desempeñaban presentaron la denuncia contra el hoy querellante ante la Inspección General de Seguridad (Sumario Administrativo agregado en copia a fs. 01/240).

Con respecto a la tercera circunstancia requerida para que opere la suspensión de la persecución penal, esto es si alguno o todos los querellados **continúan ejerciendo la función pública**, deberán arbitrarse los medios para salvar la duda y dilucidar si la causal de suspensión invocada por la parte querellante resulta o no aplicable al caso, teniendo en cuenta que hasta el momento tal información no se encuentra agregada al expediente.

En virtud de ello, considero que los fundamentos dados por el a quo para adoptar la decisión cuestionada no deriva de las constancias de la causa ni de la normativa vigente en la materia, por lo que el presente agravio casatorio debe ser acogido.

b) Excepción de prescripción. Trámite

En relación a este punto, el recurrente sostiene que, a fin de dar tratamiento al planteo de prescripción de la acción penal deducido por la defensa de los querellados, el a quo no siguió el trámite expresamente establecido por el art. 21 del CPP.

En este aspecto, entiendo que **le asiste razón al representante de la querella**, puesto que, presentada la petición de la defensa, el juez del Primer Juzgado Correccional actualizó los antecedentes de los denunciados e inmediatamente después –**sin correr vista al querellante**– dictó la resolución que aquí se impugna.

No obstante, considero que este agravio ha devenido en abstracto y, por ello, no puede ser acogido.

Tal afirmación obedece a que la opinión del hoy recurrente, aunque en forma tardía, fue efectivamente tomada en cuenta por el a quo a instancias del propio querellante, tal como surge de la presentación de fs. 275 y de la resolución agregada a fs. 277, mediante la que el Tribunal ratificó la decisión que aquí se cuestiona.

Si bien es cierto que previamente –como dispone la ley de procedimiento– no se le corrió vista al apoderado de la querrela para garantizar el contradictorio, éste pudo hacer conocer su parecer en relación al planteo de prescripción, el que, luego de oído, motivó que el juez a cargo de la causa se pronunciara al respecto.

Esta circunstancia pone de manifiesto que el presente agravio se funda tan sólo en aspectos formales y no instrumenta ningún interés concreto, máxime teniendo en cuenta la solución que he propiciado al tratar el agravio precedente.

En definitiva, de conformidad a los argumentos desarrollados, entiendo que la sentencia atacada se aparta de las disposiciones legales vigentes y de las constancias de la causa, en función de lo cual corresponde su anulación.

Por las razones expuestas, debe darse respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento el resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia N° 4.577 obrante a fs. 274 y vta. de autos, debiendo remitir el expediente al Primer Juzgado Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DRES. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de honorarios profesionales correspondientes al Dr. Lucas Lecour por la labor desarrollada en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación formulado por el representante del querellante Pedro Alejandro Rivas Gattari y, en consecuencia, anular la sentencia N° 4.577 obrante a fs. 274 y vta. de estas actuaciones.
- 2.- Remitir la presente causa al Primer Juzgado Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Lucas Lecour para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de mayo de 2019.-

Capítulo 4. Delitos contra la integridad sexual. Abusos.

Capítulo IV.

Delitos contra la integridad sexual.

Abuso.

CAPITULO IV. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Abuso.

1- ESTRADA. 07-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	NNA	-	AF	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	495

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=5>

Lex: Art. 119 párrafos 3° y 4° inc. d), 166 inc. 2° y 55 del C.P. Art. 4 de la Ley 22.278 (modificada por ley 22.803). Art. 144 inc. 9 de la Constitución de la Provincia.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Robo agravado. Concurso real. Régimen penal de menores. Período tutelar. Escala de la tentativa. Determinación de la pena. Recurso de revisión. Taxatividad.

Summa:

El **TPM** condenó al señalado a la pena de **veinte años de prisión** como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con robo agravado (arts. 119 párrafos 3° y 4° inc. d), 166 inc. 2° y 55 del C.P.), y de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con robo agravado (arts. 119 párrafos 3° y 4° inc. d), 166 inc. 2° y 55 del C.P.); todo en concurso real a tenor del art. 55 del C.P. D

La **defensa** interpone recurso de revisión (Art. 495 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de revisión interpuesto

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 89, pronunciada por el TPM -1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

- Fernández P. 30-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ríos Vallejos 23-12-14: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIxMDk=&t=abla=c2M=>

“Corresponde declarar la nulidad absoluta de la sentencia condenatoria dictada en violación a las reglas del debido proceso penal juvenil, debiéndose en consecuencia, absolver al imputado y ordenar el archivo de las actuaciones puesto que no resulta posible reeditar la aplicación de dicho régimen para un acusado que ya ha superado la mayoría de edad.”

“La imposición de condenas a penas perpetuas privativas de libertad a menores de edad, resulta incompatible con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial con las exigencias del Derecho Internacional de protección de los derechos de niños y adolescentes. En consecuencia, constituye un acto susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado.”

“Quien toma parte de un homicidio agravado criminis causa destruye no sólo la vida de la víctima sino que, además, **pone en tela de juicio una pauta fundamental de la convivencia social**. El funcionamiento de nuestro orden social se entiende a si mismo sin homicidios, de modo que quien infringe la norma que prohíbe matar a otro afirma al mismo tiempo que dicha norma no rige para él.

Esa afirmación es la que debe contradecirse mediante la pena y en ello consiste su función de prevención general.”

“Lo que explica la **menor culpabilidad de los jóvenes** no es su menor desarrollo psicológico, sino su clara disminución de su capacidad de auto - organización: quien tiene un ámbito de organización que puede ser administrado por otros, tiene menos responsabilidad por las consecuencias lesivas que para terceros derivan de esa organización hetero - administrada.”

- Guiñazú Samo. 04-10-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcGuinazu.pdf
- Geredus Peralta. 30-08-12.
- Salazar Ceballos. 30-09-09.

Normativa citada. Ley 22278.

REGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD. LEY N° 22.278. 25-08-1980

Art. 1º - No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad.

Tampoco lo es el que **no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada** o reprimidos con pena privativa de la libertad que **no exceda de dos (2) años, con multa** o con **inhabilitación.**

Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.(Ley N° 22.803 B.O.09/05/1983)

Art. 2º - Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º.

En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el **artículo 4º.**

Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falta de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 22.803 B.O.09/05/1983)

ARTICULO 3º - La disposición determinará:

- a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;
- b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;
- c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Art. 3° bis.- En jurisdicción nacional la autoridad técnico administrativo con competencia en el ejercicio del patronato de Menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículo 1° y 3° deben disponer los jueces.

En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas. (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 23.742 B.O. 25/10/1989)

Art. 4° - La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos:

1° - Que previamente haya sido declarada su **responsabilidad penal** y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2° - Que haya cumplido dieciocho **(18) años de edad**.

3° - Que haya sido sometido a un período de **tratamiento tutelar** no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, **si** las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario **aplicarle una sanción**, así lo resolverá, **puediendo reducirla** en la forma prevista para la **tentativa**.

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, **lo absolverá**, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.

Art. 5° - Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho (18) años de edad.

Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.

Art. 6° - Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en **institutos especializados**. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

Art. 7° - Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los artículos 1° y 2°, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere. (Artículo sustituido por art. 20 de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985)

Art. 8° - Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho (18) años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3° del artículo 4° se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta.

Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

Art. 9° - Las normas precedentes se aplicarán aun cuando el menor fuere emancipado.

Art. 10. - La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho (18) años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6°.

Art. 11. - Para el cumplimiento de las medidas tutelares las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República prestarán la colaboración que se les solicite por otro tribunal y aceptarán la delegación que circunstancialmente se les haga de las respectivas funciones.

Art. 12. - Derógase los artículos 1° a 13 de la ley 14.394 y el artículo 3° de la ley 21.338.

Art. 13. - Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

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

(E.A.)

Fallo.

CUIJ: 13-04256159-7/1((013201-45/2)). F. C/ E. V. E. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO (045/02) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *104327247*

En Mendoza, a los siete días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04256159-7/1 caratulada "FC/ E. V., E. E. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO S/RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN".

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

La defensa del imputado E. E. E. V. interpone recurso de revisión contra la Sentencia N° 89 del Tribunal en lo Penal de menores de la Primera Circunscripción, agregada a fs. 185 y vta., y sus fundamentos de fs. 195/208, en cuanto condena al nombrado a la pena de veinte años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con robo agravado (arts. 119 párrafos 3° y 4° inc. d), 166 inc. 2° y 55 del C.P.), y de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con robo agravado (arts. 119 párrafos 3° y 4° inc. d), 166 inc. 2° y 55 del C.P.); todo en concurso real a tenor del art. 55 del C.P. Dichas acusaciones fueron formuladas en el marco de los autos N° 0045/02 y N° 0046/02 del mencionado tribunal.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

El tribunal sentenciante, actuando en forma colegiada, condenó al imputado con los alcances precedentemente señalados, por considerar acreditados los hechos que le fueran intimados oportunamente.

Al momento de resolver sobre la aplicabilidad de pena **al acusado menor de edad**, y en lo que aquí resulta relevante, sostuvo que en el caso de autos se encontraban reunidos los requisitos exigidos por el art. 4° de la ley 22.278 (modificada por ley 22.803). Así, resaltó que se había declarado la **responsabilidad penal**

de aquél, quien ya había cumplido los dieciocho años de edad y que se encontraba cumplido el período tutelar no inferior a un año.

Asimismo, sostuvo que teniendo en cuenta las pautas contenidas en el segundo párrafo de la mencionada norma, correspondía aplicar pena puesto que el menor acusado **no resultaba ser “merecedor de la reducción de pena que la ley autoriza en la forma prevista para la tentativa”** (ver fundamentos, fs. 203 vta.).

II.- El recurso de casación

La defensa de E. E. V. censura la sentencia mencionada en virtud de lo dispuesto en el art. 495 inc. 5 del C.P.P. Ello, por considerar que la condena de su defendido se fundó en **una interpretación de la ley más gravosa que la sostenida por esta Suprema Corte de Justicia** al momento de interposición del recurso.

En concreto, entiende que este Cuerpo ha variado el sentido y alcance interpretativo de la prerrogativa prevista en el **art. 4 del régimen penal de menores, ley 22.278** (modificada por ley 22.803).

En este sentido, recuerda que si bien el tribunal de juicio consideró que V. no era merecedor de la reducción de pena que autoriza dicha norma, a partir del precedente cuij 13-02843248-2, «**Ríos Vallejos**», la disminución de la escala penal aplicable, conforme con la escala prevista para el delito de tentativa, se volvió un imperativo para el juzgador.

Con ello, tras recordar algunas precisiones del fallo mencionado y recordar que el condenado lleva hasta la fecha más de 16 años privado de su libertad, entiende que debe darse por cumplida la pena.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, luego de examinar el recurso promovido, recuerda de manera preliminar que la presente vía recursiva sólo puede prosperar formalmente cuando se presente una de las causales taxativamente enumeradas en el **art. 495 del C.P.P.**, atento su carácter excepcional. Así, atrás postular que el recurso de casación debe aceptarse formalmente, sostiene que los agravios invocados deben ser rechazados sustancialmente.

En primer lugar, recuerda que el tribunal efectuó un control formal de los requisitos contenidos en el **art. 4 de la Ley 22.278** y que, en este entendimiento, dio argumentos detallados por los que consideró que debía aplicarse la pena de veinte años de prisión **sin reducirla en la forma prevista para la tentativa**.

En segundo lugar, señala que **aun reduciendo la escala penal de los delitos consumados** conforme con la escala penal para el delito de tentativa, la pena impuesta por el Tribunal en lo Penal de Menores se ajusta a los parámetros sentados en el precedente invocado por la defensa.

En este aspecto, recuerda que V. fue condenado por dos abusos sexuales con acceso carnal agravados por el uso de arma y dos robos agravados por el uso de arma, todos en concurso real, y que la pena de veinte años se encuentra dentro de los límites de la nueva escala penal aplicable.

Repasa los fundamentos del tribunal de juicio para individualizar la pena y señala que fueron evaluadas la modalidad y características de los hechos, el daño causado a las víctimas, la personalidad del imputado y los motivos por los que había resultado infructuoso el tratamiento tutelar realizado.

Finalmente, a modo de conclusión, apunta que al encontrarse la pena impuesta ajustada a derecho y a la jurisprudencia de esta Corte, el recurso de revisión presentado debe ser rechazado.

IV.- La solución

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de revisión deducido en favor de E. E. V. E. debe ser rechazado por las razones que paso a exponer.

Ha señalado este Cuerpo que **la revisión** -debido a su naturaleza (**art. 144 inc. 9 de la Constitución de la Provincia**)-, constituye una **vía recursiva de excepción reservada** para supuestos especiales taxativamente enunciados en la aludida norma constitucional, en los que se constate en forma directa los motivos que la justifican, razón que explica que se la considere un remedio de interpretación restrictiva.

Es en este marco en que corresponde el análisis del remedio procesal intentado, conforme al fin a que responde, toda vez que se dirige contra pronunciamientos que han adquirido autoridad de cosa juzgada.

Los recurrentes motivan la presente revisión en el art. 495 inc. 5° del Código Procesal Penal. Dicha norma prescribe que procederá el recurso de revisión “[s]i la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de interposición del recurso».

El examen de la sentencia recurrida en revisión, obrante a fs. 185, y sus fundamentos de fs. 195/208, indica que E. E. V. E. fue condenado a la pena de veinte años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con robo agravado -en el marco de los autos N° 0045/02- y de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado en concurso real con robo agravado -en el marco de los autos N° 0046/02-; todos ellos en concurso real.

Como se dijo, el tribunal de sentencia consideró que en este caso se encontraban presentes los presupuestos exigidos por el **art. 4° de la ley 22.278 (modificada por ley 22.803)**. Así, tras consignar que se había declarado la responsabilidad penal de E. E. V., que este ya había cumplido los dieciocho años de edad y que se encontraba cumplido el período tutelar no inferior a un año, entendió que correspondía aplicar pena puesto que el menor acusado no resultaba “merecedor de la reducción de pena que la ley autoriza en la forma prevista para la tentativa”.

Por su parte, la recurrente invoca la aplicación de la postura fijada en el precedente **«Ríos Vallejos»** de esta Suprema Corte, ello a fin que la escala penal correspondiente a los delitos acusados al condenado E. se vea reducida, **de manera obligatoria, según la escala penal del delito tentado.**

Ahora bien, conforme lo sostiene el Procurador General, el recurso no propone razones sustanciales que ameriten un acogimiento favorable en esta instancia, razón por la que debe ser rechazado. Veamos.

En primer lugar, debe aclararse que la interpretación jurisprudencial más beneficiosa no resulta aplicable de forma automática. Por el contrario, según considero, a los fines pretendidos por los recurrentes corresponde efectuar un análisis hipotético.

Concretamente, debe suponerse que el fallo cuya aplicación pretende la parte recursiva en esta instancia **-«Ríos Vallejos»-** fue dictado con anterioridad a la fecha en que recayó la sentencia que aquí se recurre, esto es, antes del 23 de agosto de 2002. En este contexto hipotético, luego, debe preguntarse si los magistrados intervinientes, bajo las pautas establecidas en dicha resolución, hubieran resuelto este caso del modo en que lo hicieron o del modo en que pretende la recurrente.

El análisis precedente debe realizarse, además, examinando la identidad o semejanza del caso sometido a juzgamiento con los presupuestos fácticos y jurídicos contemplados en la jurisprudencia que se pretende aplicar, puesto que sólo ante supuestos análogos se prevé la procedencia de esta causal de revisión a fin de evitar desigualdades entre quienes fueron condenados por hechos similares.

En este sentido, entiendo que el Tribunal Penal de Menores no podría haber aplicado los criterios establecidos en la **causa «Ríos Vallejos»**, puesto que los supuestos fácticos de aquél precedente no son semejantes a los hechos que se investigaron en esta causa.

En otro orden de ideas, por un lado, no puede soslayarse que el fallo cuya aplicación se pretende no constituyó una sentencia plenaria, razón por la que la línea jurisprudencial que de él se desprende no resulta obligatoria. Sobre este punto debe recordarse que, a efectos de considerar que un precedente jurisprudencial contiene un criterio uniforme y vinculante respecto de la solución de un caso llegado a esta instancia, es presupuesto necesario que este Tribunal se haya expedido en pleno (arts. 6 inc. d y 7 de la ley provincial 4.969, y art. 151 del CPCCyT de Mendoza -ley 9.001-); criterio que sostuve en autos cuij 13- 04096376-0/1, caratulado **«Fiscal c/Fernández Pedro»**.

En segundo lugar, no puede dejar de resaltarse que la sentencia recurrida no se funda en una interpretación de la ley más gravosa que la sostenida en el precedente invocado, toda vez que la pena impuesta por el Tribunal en lo Penal de Menores -veinte años de prisión-, se encuentra comprendida en la escala penal que la recurrente entiende aplicable conforme con el criterio sentado por este Cuerpo en los **autos «Ríos Vallejos»**.

Al respecto debe resaltarse que los delitos acusados a E. V. concurrieron de manera real, motivo por el cual, la escala penal aplicable era la fijada en el art. 55 del C.P. vigente en el momento en el que se cometieron los hechos juzgados, es decir, al 21 de febrero y 15 de mayo de 2001.

Para esa época, la norma fijaba que el máximo aplicable en casos de concurso real de delitos debía corresponderse con la suma resultante de la acumulación de penas, la cual no podía exceder el máximo legal de la especie de pena que se trate.

Ahora bien, según entiendo, el máximo legal de la especie de pena en cuestión (la pena privativa de libertad) debía encontrarse en el juego de los arts. 226, párr. 2° y 235 del C.P. Precisamente, dentro de las disposiciones comunes a los capítulos referentes al Título X del C.P. -Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional- el art. 235 eleva al doble el máximo de las penas establecidas para los delitos previstos en el Título, en el caso de que jefes y agentes de la fuerza pública intervengan en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad. Sumada a esta disposición, el Título incorpora la norma del art. 226, cuyo párr. 2°, prevé una pena máxima de hasta 25 años.

Como se ve, el máximo legal de la pena privativa de libertad estaba prevista para el caso en el que se cumplían conjuntamente los presupuestos de los arts. 226, 2° párr. y 235 del C.P., situación en el que el máximo de la pena se elevaba a 50 años (ver al respecto, OMAR BREGLIA ARIAS, OMAR R. GAUNA, Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, T. I, pág. 506).

No está de más decir que, al modificarse el art. 55 del C.P. por ley 25.982, esta línea interpretativa quedó confirmada, toda vez que el máximo previsto para la suma de las escalas aplicables en casos de concursos reales se fija expresamente en los 50 años.

Con lo dicho, según mi parecer, resulta claro que aun aplicando la reducción que la ley penal de menores prescribe, es decir, la escala penal del delito tentado, en el presente caso la escala definitiva quedaría fijada en un máximo de 25 años, siendo éste un máximo aplicable para cualquiera de los criterios sobre tentativa que mantienen hoy los integrantes de esta Sala (ver al respecto, los precedentes «**Guiñazú Samo**», del 14 de marzo de 2017, «**Geredus Peralta**» del 30 de agosto de 2012 y «**Salazar Ceballos**» del 30 de septiembre de 2009).

Esta operación demuestra con claridad, que la pena impuesta a E. V. no excede el máximo del marco legal hipotético que la defensa invoca.

Finalmente, no debe soslayarse que el recurso no ofrece mayores argumentos tendientes a fundar la pena que, según su- criterio, debe imponerse en dicho marco hipotético.

En concreto, se advierte que la defensa intenta hacer extensiva la solución propuesta en el **precedente «Ríos Vallejos»**, pero sin corresponderse con los parámetros fijados en dicha oportunidad, es decir, sin dar razones para poner en duda la necesidad preventiva que fundó la pena de 20 años en esta causa.

Dicho de otra manera, no se observan razones suficientes para considerar que el tiempo que E. V. lleva privado de su libertad -16 años y cuatro meses al tiempo de presentación del recurso-, haya cumplido con las necesidades que deben satisfacerse, en el caso concreto, mediante la sanción penal.

En función de todo ello, se advierte que los planteos efectuados resultan improcedentes, motivo por el que corresponde rechazar el recurso de revisión presentado por la defensa de E. E. E. V..

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que

se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede

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

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de revisión interpuesto a fs. 247/248 de autos en favor de E. E. E. V..
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 07 de febrero de 2019.-

2- RUIZ. 18-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

Lex: Art. 110, 3° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto y 26 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Absolución parcial. Amenazas simples. In dubio pro reo. Perspectiva de género. Errónea valoración de la prueba. Nulidad.

Summa:

La **Octava Cámara del Crimen** de la Primera Circunscripción Judicial **absolvió** a O. F. R. G. del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, Cód. Pen.), por el beneficio de la duda (art. 2 CPP Mendoza), y se condenó al nombrado a la pena de **ocho meses de prisión** en suspenso como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (arts. 149 bis, primer párrafo y 26 del Cód. Pen.). La **Fiscalía** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** se remite a los argumentos expuestos por escrito.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto. Anuló la sentencia y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 22, pronunciada por la Octava Cámara del Crimen -1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- González Pringles

b-CSJN

- 328: 3399

Parágrafos destacados

“En conclusión, y vinculado con las consecuencias que la adopción de la perspectiva de género acarrea tanto en el plano formal como en el material a la luz del principio in dubio pro reo, entiendo que, la categorización de un caso como de **violencia de género** no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero **sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios** que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su específica operación como garantía del imputado”

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

(E.A.)

Fallo.

CUIJ: 13-04261369-4/1 ((010508-11634)) FISCAL C/ RUIZ GUTIÉRREZ OSCAR FRANCISCO P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES (11634) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN *104332780*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de Febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13- 04261369-4/1, caratulada “F. C/ R. G. O. F. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

El representante Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación (fs. 256/258 vta.) contra la Sentencia N° 22 (f. 243) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a O. F. R. G. del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, Cód. Pen.), en la causa N° P-11.634/17 por el beneficio de la duda (art. 2 CPP Mendoza), y se condenó al nombrado a la pena de ocho meses de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples (arts. 149 bis, primer párrafo y 26 del Cód. Pen.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia Recurrída

La Octava Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, absolvió a O. F. R. G. del delito de abuso sexual con acceso carnal por aplicación del principio in dubio pro reo y lo condenó a la pena de ocho meses de prisión en suspenso como autor del delito de amenazas simples.

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente entendió que no se encontraba probada –con grado de certeza propio de una sentencia de condena– la existencia material del hecho atribuido al imputado (f. 247 vta.), en tanto la existencia de la relación sexual y las lesiones, que la representante del Ministerio Público Fiscal entendió acreditadas por la prueba de histocompatibilidad y por el examen físico practicado a la víctima, son reconocidos por el imputado, pero fuera del contexto de agresión.

En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica que se considera insuficientemente probada (conforme el requerimiento de citación a juicio de fs. 147 y vta.), esto es, que “siendo aproximadamente las 12.30 horas del día 08 de febrero de 2017, O. F. R. G. ingresa escalando una reja del domicilio ubicado en calle ... de ..., Luján de Cuyo, quien sorprende a su ex pareja P. G. L. M. y tomó de la boca con la mano, le empezó a gritar: ‘porque me dejaste’, la tomó muy fuerte de los brazos y la tiró al piso, le sacó la ropa y la forzó a relaciones sexuales penetrándola por la vagina y mientras se resistía la víctima apretándola de sus muñecas, la soltó terminando de eyacular dentro del cuerpo de la víctima. Y el sindicado queriendo nuevamente mantener sexo y debido a la resistencia de la víctima la toma del cuello con una mano varias veces lesionándola hasta que toma parte de la prenda de la víctima e intenta ahorcarla, momento en el cual logra la víctima huir del mismo y se dirigió hasta el patio de la casa y antes de que el sindicado se retirara del domicilio manifestó a P. G. L. M.: ‘aunque me hayas dejado, te voy a matar a vos y al otro, yo no me voy a ensuciar las manos y otra

persona lo puede hacer' produciendo miedo en la víctima. Se recepciona informe del cuerpo Médico Forense donde informa la Dra. Y. H. que P. L. M. al momento presentaba: equimosis rojo violácea de 7 por 2 cm en cara lateral derecha del cuello, equimosis rojo violácea de 4 por 1 cm en cara lateral izquierda del cuello, equimosis lineal rojiza de 5 cm en base del cuello izquierda, equimosis rojiza de 1 por 5 cm en borde externo de antebrazo izquierdo cuyas lesiones provocan un tiempo probable de curación e inutilidad para el trabajo menor a un mes".

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente valoró las declaraciones testimoniales de P. G. L., R. F. Ch. H., A. I. L., É. P. y C. D.; el acta de denuncia; el examen físico de la víctima; el acta de secuestro; los exámenes psíquicos y físicos practicados al imputado, el informe de ADN, y toda la demás prueba válidamente incorporada al debate.

II.- Recurso de Casación

La Sra. Fiscal de la Octava Fiscalía de Cámara del Crimen interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme el inciso 2 del art. 474 CPP Mendoza, esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in procedendo.

La recurrente alega que se **ha valorado erróneamente el testimonio de la víctima**, lo que descalificaría la premisa mayor del a quo. Así, al resultar el testimonio brindado en el debate por la Sra. L. creíble, entonces no sería correcto poner en duda la plataforma fáctica plasmada en el requerimiento de citación a juicio.

Para apuntalar esta tesis se rechazan las contradicciones que el magistrado interviniente aprecia en el relato de la presunta víctima, al mismo tiempo que se contrastan una a una las circunstancias objetivas periféricas que debilitarían la versión original del testimonio.

III.- Dictamen del Señor Procurador General

El Sr. Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos vertidos a fs. 256/258 por la recurrente.

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe hacerse lugar al recurso casatorio impetrado. Doy razones.

El magistrado interviniente puso en tela de juicio que los hechos objeto del proceso hayan sido acreditados con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria y, en consecuencia, aplicó el principio in dubio pro reo.

Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión no subyace un correcto análisis de las constancias de la causa, en particular, el testimonio de P. G. L..

El a quo construyó su silogismo desincriminante con base en una doble argumentación que lo condujo a afirmar que **la principal prueba incorporada al proceso, el testimonio de la presunta víctima, no sería lo suficientemente creíble para alcanzar el grado de certeza exigido por esta instancia procesal**. Por un lado, puso de relieve **contradicciones internas** entre lo manifestado en oportunidad de realizar la denuncia y lo declarado en el desarrollo del debate.

Por otro lado, hizo referencia a **corroboraciones periféricas objetivas** surgidas de otras pruebas que no explicarían la discordancia, sino que, por el contrario, **disminuirían aún más la credibilidad del testimonio** (fs. 248/250 vta.).

No obstante, este doble camino argumentativo no se presenta como una operación intelectual que respete la lógica interpretativa de la sana crítica racional. Veamos:

a.- La errónea valoración del testimonio de la víctima

Por un lado, en relación con las denominadas **contradicciones internas**, entiendo que las mismas se explican con base **en el contexto en el que se expresa la deponente**, los particulares extremos del hecho denunciado y la perspectiva de género que ha de guiar al juzgador en casos de esta índole.

En relación con las tres **contradicciones internas** puestas de relieve por el a quo, entiendo que ninguna de ellas aparece como lo **suficientemente grave para hacer decaer la credibilidad** de la Sra. L. Más aún, si se tiene en cuenta lo traumático de la experiencia propia de las víctimas de delitos contra la integridad sexual.

Por otra parte, ninguno de estos matices en el testimonio analizado pone en duda las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que tuvo lugar el hecho imputado.

Todo esto es reconocido parcialmente en la sentencia –“estas leves contradicciones no permiten descartar por sí mismas la veracidad de la declaración de la Sra. L. en la medida que no aparecen graves o centrales en relación con el hecho” (f. 248 vta.)– y, sin embargo, inmediatamente se intenta vincularla con otros elementos de prueba para dotarlas de mayor fuerza. Lo cual, como se demostrará a continuación, no es conseguido.

En efecto, el magistrado sentenciante puso de relieve que las discordancias en el relato de L. debían ponderarse teniendo en cuenta el examen psíquico practicado por el Cuerpo Médico Forense, según el cual, la **denunciante podría acomodar el relato** según sus intereses.

Esto si bien es cierto, el a quo omitió considerar que el mismo informe refiere que **no existen en L. indicadores de fabulación ni mitomanía**, lo que interpreto como una contradicción en su razonamiento, al mismo tiempo que implica una valoración parcial de la prueba.

Por otro lado, algunos párrafos más adelante, considera que el examen psíquico practicado al imputado –el cual arroja que R. tiene una personalidad con **rasgos de impulsividad** y reacciones desajustadas ante situaciones de tensión emocional– es un indicio débil al contraponerse con el resto del plexo probatorio. Sin embargo, esta conclusión no se basa en las constancias de la causa y es inmotivada, pues no se brindan razones de por qué los resultados desfavorables de los exámenes psíquicos de autor y víctima son ponderados de distinta manera.

Frente a ello, tampoco puede compartirse el análisis postulado en relación con el modo en que la pareja de L. (F.) tomó conocimiento del hecho.

El juez advierte una contradicción entre la versión de la víctima en sede policial –quien señaló que le contó a F. del ataque en cuanto R. se fue de la casa– y la versión brindada por F. durante el juicio –quien expresó que se enteró del abuso a la tarde cuando llegó al domicilio el personal de Policía científica–.

Todo lo cual, según el magistrado interviniente, revelaría un acomodamiento de la declaración de L.. El a quo argumenta que “no es razonable pensar que un hecho de tanta trascendencia personal como es un abuso sexual no sea contado a la persona con quien más confianza se puede tener, como es una pareja íntima” (f. 248 vta.).

Sin embargo, este argumento no es contundente en orden a lo que intenta demostrar, pues, en delitos que atentan contra la integridad de la persona, tal como lo es el que se investiga en estos autos, las reacciones de las víctimas pueden ser disímiles, jugando un papel relevante las emociones –tales como el pudor, la timidez o la vergüenza– así como cuestiones propias de la pareja –celos o desconfianzas–. Estas posibilidades no han sido consideradas en la sentencia analizada.

Por último, respecto a la actitud de L. al momento de la agresión sexual, el magistrado advirtió tanto una contradicción entre la declaración brindada en sede de instrucción y lo manifestado en juicio, así como una inconsistencia en el relato.

En relación con lo primero, puso de relieve que en el juicio y ante una pregunta expresa de la defensa, negó haber gritado, mientras que, en la denuncia dijo que gritó y nadie la escuchó.

Nuevamente, entiendo que esta no es una discordancia que debilite el testimonio de la víctima, tanto por ser relativa a aspectos secundarios del hecho, como por contradecir el resto del sentido de la prueba, tal como explicaré en el próximo punto.

En relación con lo anterior, el a quo señaló que “no es razonable pensar que ante un ataque sexual como el denunciado se pueda evitar gritar” (fs. 248 vta.).

Ello si bien puede resultar cierto en un número apreciable de supuestos, esta apreciación de la actitud de la víctima al momento de los hechos no es necesaria en orden a la inexistencia del abuso. Recuérdese que L. sufrió amenazas, lesiones leves en el cuello, y su hija menor se encontraba durmiendo a pocos metros de ella.

Estas circunstancias pueden haber influido en la reacción de L., sin embargo, la sentencia omite considerarlo.

Por último, en relación con el aspecto de la declaración de la víctima relativo al ardor que le habría provocado el abuso sexual en su vagina, el cual no se habría constatado ni se habría referido en el debate, entiendo que ello de modo alguno permite quitarle credibilidad a su testimonio.

En tanto, el ardor como consecuencia de la penetración no consentida puede desaparecer rápidamente.

Pero lo que es todavía más importante es que el relato de la víctima sí se condice con las lesiones comprobadas en su cuello.

El mismo razonamiento debe aplicarse a la ausencia de lesiones constatadas en el cuerpo del imputado, indicio, según el magistrado interviniente, de que no existió agresión ni tampoco defensa.

Sin embargo, en la sentencia se omite valorar que la reacción de la víctima consistió en golpear al autor con el talón del pie en la espalda mientras se encontraba encima de ella y que, esta actividad no necesariamente debió provocarle una lesión a R.

b.- Errónea valoración del resto del plexo probatorio

La credibilidad de la versión de la víctima es puesta en duda por el a quo, en segundo lugar, tomando como referencia otros elementos de prueba, los cuales como explicaré ahora, entiendo tampoco han sido correctamente valorados.

Las principales pruebas de cargo que obran en el expediente son el informe de ADN y las lesiones en el cuerpo de la víctima.

En relación con lo primero, el magistrado sentenciante entiende que la posibilidad de una relación consentida entre autor y víctima –basadas en que fueron pareja y tienen una hija en común– explicaría la presencia del perfil genético de R. en la ropa y el cuerpo de L..

Sin embargo, esta versión de los hechos no se condice con las constancias obrantes en la causa, principalmente, las amenazas que el juez entendió probadas y el resultado del examen físico que da cuenta de las lesiones en el cuerpo de la denunciante.

En relación con las lesiones, se comprobó que al momento del examen L. presentaba equimosis rojo violácea de 7 cm por 2 cm en cara lateral derecha del cuello, equimosis rojo violácea de 4 cm por 1 cm en cara lateral izquierda del cuello, equimosis lineal rojiza de 5 cm en base del cuello, izquierda, equimosis

rojiza de e1 por 5 cm en borde externo de antebrazo izquierdo, todo cuya curación se estimó tomaría un tiempo probable menor a un mes.

Frente a este extremo del hecho, el imputado reconoció ser el autor, pero explicando que fueron posteriores a la relación sexual consentida y con motivo del inicio de las discusiones que se generaron entre ambos.

Sin embargo, no existen pruebas que permitan afirmar que esta versión de los hechos es algo más que un intento por liberarse de la responsabilidad.

Lo cual tampoco ha sido debidamente considerado en la sentencia analizada.

A su vez, entiendo que tampoco ha sido correctamente valorada la conducta de la hija de R. y L. (al momento del hecho), así como la forma en la que encontró la habitación F. (momentos después del hecho). En efecto, por un lado, la situación de debilidad en la que se encontraba L. podría explicar que haya evitado gritar para no despertar a su hija.

Por otro lado, la existencia de ropa en el suelo, junto con un acolchado y una frazada, no dan cuenta necesariamente de la existencia de una relación consentida.

En suma, estos elementos de convicción no poseen la suficiente fuerza para afirmar la existencia de una duda razonable que conduzca a la absolución.

Por último, tampoco se despeja correctamente en la sentencia puesta en tela de juicio el tramo del testimonio de F. cuando expresó que al llegar al lugar de los hechos encontró a su pareja, P. L., llorando, advirtiendo la presencia de moretones en el cuello, elemento que resulta un indicio de la veracidad de la existencia del abuso sexual y que no fue valorado adecuadamente por el a quo.

c.- La condena por amenazas simples

La última contradicción de la sentencia analizada se pone de relieve en su tramo final, en el que se hace lugar a la acusación de amenazas simples y se condena a R. a la pena de 8 meses de prisión de ejecución condicional.

El magistrado expresó al respecto que “la impresión personal que percibí de la Sra. L. fue buena y, en términos generales –salvo las inconsistencias antes detalladas en relación con el abuso sexual– mantuvo de manera coherente su exposición original y aun cuando esas manifestaciones fueron consideradas insuficientes para fundar ese extremo de la acusación, debido a la duda que se genera por las circunstancias objetivas periféricas ut-supra detalladas, estimo que en este tramo de los hechos, aparecen como verídicos, sobre todo si los unimos a la declaración del imputado” (f. 251).

Sin embargo, el a quo no explicó suficientemente por qué motivo decidió creerle a la víctima en relación con la existencia de las amenazas y no en relación con la existencia del abuso sexual; al mismo tiempo que volvió a tomar por cierta las declaraciones del imputado, sin argumentar cuáles elementos de prueba corroboran sus manifestaciones o, al menos, la erigían como versión alternativa verosímil frente a la versión propuesta por la acusación.

En este orden de ideas, también el sentenciante omitió integrar a su razonamiento el contexto de género, pues en relación con él advierte que la existe una diferencia física entre ambos y el hecho específico que L. esté a cargo de una niña menor, la coloca en una situación de debilidad o inferioridad frente a R. y así, vulnerable para esa superioridad (fs. 251 vta.).

Sin embargo, las implicancias de estas consideraciones en la imputación por el delito de amenazas, son omitidas en lo relativo al delito de abuso sexual.

Pues es razonable pensar que este ejercicio de poder por el género también jugara un papel importante para explicar aquellas contradicciones –el silencio hacia su pareja o la ausencia de gritos –que el a quo consideró centrales y así dotar de credibilidad a su testimonio.

A su vez, entiendo que la sentencia atenta contra principios fundamentales de la lógica y la coherencia en lo que respecta a la impresión personal que tuvo el juez sentenciante sobre la Sra. L. al momento de prestar declaración testimonial en el juicio.

Mientras que, en lo que respecta a la imputación por amenazas afirma que fue buena, en la imputación por abuso sexual expresa que sus manifestaciones “podrían tener explicación en la necesidad de la víctima de adecuar su relato a sus intereses personales, aspecto de su personalidad que fuera destacado por el examen psíquico de fs. 53” (fs. 269).

En relación con esto último, el magistrado omitió valorar el resultado del examen psíquico practicado a R. en el que se informa que acomoda su discurso según su conveniencia (supra).

Nuevamente, se decidió descreerle a la víctima y sustentar su duda en los resultados de los exámenes psíquicos y creerle al imputado, olvidando mencionar que sus dichos tampoco se encuentran avalados por los estudios psicológicos incorporados a la causa.

Y todo ello, sin expresar motivos adicionales.

Lo anterior pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el **art. 416 inc. 4° del C.P.P.** Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Al respecto, nuestro máximo tribunal ha sostenido que «la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder» (CSJN fallos: 328:3399).

Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la Fiscal de Cámara de la Excma. Octava Cámara del Crimen debe ser acogido en esta instancia y, en consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se desarrolle un nuevo juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar al recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal.

In dubio pro reo. Perspectiva de género.

No obstante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la **perspectiva de género**, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

Como derecho fundamental de todo acusado en el marco de un proceso penal, el principio **in dubio pro reo** tiene un **doble fundamento**, por un lado, material –desde el ámbito del Derecho penal sustancial– y, por el otro, formal –desde la óptica del Derecho procesal penal–.

En cuanto al primero de aquellos ámbitos el principio *in dubio pro reo*, en tanto reflejo del principio de culpabilidad por el hecho que limita el poder del Estado de intervención punitiva, asegura un espacio adecuado de libertad a todos sus habitantes.

Esto implica que un ciudadano sólo puede ser responsabilizado penalmente cuando se encuentra acreditada su responsabilidad y en la medida de ésta; lo contrario implicaría una inadmisibles instrumentalización de las personas para el cumplimiento de fines estatales.

Ahora bien, desde una perspectiva procesal, el principio *in dubio pro reo* es el resultado de una doble derivación proveniente de las garantías de presunción de inocencia y de *nulla poena sine lege* –vertiente del principio de legalidad–.

Cuando no hay certeza sobre el supuesto de hecho previsto por la ley, la inocencia del encausado permanece intangible y sólo procede su absolución.

Un enfoque **normativista del principio de la presunción de inocencia** se nutre de contenido al ser considerado en razón de la existencia misma del proceso cuya función reside en fundamentar o motivar la obligatoriedad de la decisión adoptada.

En consecuencia, la inocencia del imputado significa que el resultado del proceso se encuentra abierto hasta que se dicta una sentencia condenatoria.

De este modo, la función inmediata de la presunción de inocencia es la protección del proceso mismo, así como todas sus derivaciones. En otras palabras, la presunción de inocencia hace posible el proceso en tanto conduce a demostrar que el imputado no es inocente. Si las cosas fueran distintas, el proceso podría convertirse en un mero ritual.

No debe perderse de vista, por su parte, que el principio *in dubio pro reo* es una derivación lógica de la **garantía *nulla poena sine lege*** que impone no subsumir en la ley hechos dudosos toda vez que no es posible sostener que han sido contemplados por una ley que debe ser taxativa.

Así, en razón del **principio de legalidad** será condenado sólo aquél que haya matado, abusado sexualmente, privado de la libertad y no aquél que quizás hubiese llevado adelante un comportamiento jurídicamente desaprobado que se realizara en alguno de aquellos resultados.

Así, es posible afirmar que el **principio *in dubio pro reo* no opera en el momento de la valoración de la prueba, sino en el de la toma de decisión** sobre la confirmación o destrucción del estado de inocencia del acusado, lo cual sólo puede suceder **una vez que se ha valorado los elementos de prueba que obran en la causa** y, a pesar de ello, no encuentra razonable condenar.

Una posición que sostenga que el *in dubio pro reo* resulta una regla de valoración debería asumir que cualquier proceso probatorio siempre conduciría a la absolución y no parece razonable sostener tal decisión.

En suma, si después de haber observado y escuchado todas pruebas durante el juicio, el tribunal estima que el acusado es probablemente culpable, pero, pese a ello, entiende que algunos de los elementos del caso de la causa que sustentan la acusación no son del todo convincentes entonces está obligado, en función del beneficio de la duda del acusado, a absolverlo.

Ahora, si bien es cierto que el principio *in dubio pro reo* opera en el momento en el que el magistrado debe decidir en relación con un caso concreto, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una **actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de**

violencia de género, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Con base en lo dicho hasta aquí, me interesa agregar que el principio *in dubio pro reo*, en tanto garantía del imputado en el plano procesal, presenta una cara externa y una interna. Esto es, dos dimensiones que operan de manera articulada, pero cuya configuración específica puede variar en el caso concreto. **La cara externa hace referencia al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia** del que goza el ciudadano y orientar la decisión judicial hacia la atribución de responsabilidad jurídico-penal.

Dicho en lenguaje coloquial, **la cara externa o cuantitativa del principio in dubio pro reo hace referencia a “cuanta prueba se necesita para condenar”**. Por otro lado, **la cara interna o cualitativa se refiere al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios** sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Aquí se trata de precisar “cuánto valor debe atribuírsele a cada prueba” según el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Por ejemplo, la declaración de la víctima no puede ser ponderada con los mismos criterios ni atribuírsele el mismo peso en un delito contra la propiedad que en un delito contra la integridad sexual.

Lógicamente, de lo anterior se deriva que **el umbral de prueba que posibilita al juzgador destruir el estado de inocencia del que goza el ciudadano (cara externa) puede integrarse, en el caso concreto, de distinto modo (cara interna)**. Con esto, me refiero a que, en algunos casos, por ejemplo, al tribunal de juicio puede bastarle con valorar en contra del acusado **una única prueba** con la suficiente fuerza para atribuir responsabilidad penal.

Y, a la inversa, en otros casos podrá suceder que el sentido de una única prueba no alcance para generar el estado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, pero que, puesta en relación con otros elementos probatorios, satisfaga el estándar necesario para hacer decaer el estado de inocencia.

Distinguidos estos dos aspectos del principio analizado, advierto que en la sentencia puesta en crisis no se realiza una adecuada aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Ello en tanto, la inyección de contenido que lo nutre en su aspecto interno se ha llevado adelante sin realizar **una correcta materialización de la perspectiva de género en la valoración de los elementos de convicción reunidos en la causa**.

En los casos de agresiones contra la integridad sexual, debido a las particularidades propias de estos ataques –que, como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentado/a en su libertad sexual debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

En la sentencia puesta en tela de juicio, el a quo efectúa consideraciones sobre diversos elementos probatorios sin haber tenido en cuenta –o al menos de forma plena– el paradigma de género.

Ello se advierte en la **valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima**, así como de la existencia de lesiones y material genético del imputado en el cuerpo de la víctima. Igualmente, entiendo que este déficit de la valoración de la prueba repercute en el lugar central en el que se ubican las contradicciones que se aprecian entre la versión brindada por la víctima en sede policial y, con posterioridad, al momento de declarar durante el debate. Extremos que han sido correctamente advertidos por mi distinguido colega de sala en el voto que me antecede.

Dicho de otra forma, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio y, en especial el testimonio brindado por la víctima, con prescindencia de una mirada integral de la problemática (cara interna), incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in re **“Galdeano Reyes”** (CUIJ N°13-04202269-6/1), que “[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal- debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género”.

Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

De este modo, se advierte claramente cómo estas dificultades hicieron mella en el caso de marras y definieron la manera que tomó su decisión el tribunal de sentencia.

En este sentido, entiendo oportuno reiterar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de víctimas y agresores en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el **precedente “González Pringles”**.

Destaqué en tal oportunidad, en relación a las víctimas mujeres, que cualquier contradicción en su relato o la ausencia de pruebas que evidencien una oposición expresa por parte de la mujer abusada, son elementos que pueden incidir en la forma que se investiga y juzga los delitos contra la integridad sexual. De la misma manera, estos estereotipos en la construcción del consentimiento de la víctima, constituyen la principal defensa en este tipo de hechos.

De igual modo, y en cuanto a los prototipos de varones abusadores, señalé como uno de los principales mitos, la creencia que sólo los desconocidos cometen este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por un conocido genera menos daño que si fuera cometido por extraños (en esta línea **consúltese “González”,** CUIJ: 13- 03895410-9/1). Expresamente referí en el citado precedente que “[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en

decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos”

En conclusión, y vinculado con las consecuencias que la adopción de la perspectiva de género acarrea tanto en el plano formal como en el material a la luz del principio in dubio pro reo, entiendo que, la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su específica operación como garantía del imputado. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la Sentencia N° 22 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 256/258 vta. por la Octava Fiscalía de Cámara en lo Criminal y, en consecuencia, anular el debate, la Sentencia N° 22 de la Octava Cámara del Crimen y sus fundamentos.
- 2.- Remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DR. JOSÉ V. VALERIO DR. MARIO D. ADARO DR. PEDRO J. LLORENTE

3- OLIVA. 28-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcOCJ.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, apartado b) del CP; 474 inc. 2 del CPP; arts. 8 y 25 de la CADH; art. 31 ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Certeza para condenar. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba. Declaración contradictoria de la presunta víctima de autos. Reconstrucción de la verdad real basada en prueba subjetiva. Ausencia de rastros del delito. Juzgamiento con Perspectiva de Género.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** de la 3° CJ, condenó a C.J.O. L. a la pena de **nueve años de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda.

La **defensa técnica** del encartado interpuso recurso de casación indicando como vicio in procedendo que existió una errónea valoración de la prueba producida en el debate. Sus cuestionamientos apuntaron a que la condena se basó en pruebas subjetivas; en la errónea valoración particularmente del testimonio de la menor víctima, ya que presentaba contradicciones y de la misma no se podía inferir la certeza necesaria para condenar.

El **Procurador** entendió que debía ser rechazado el recurso articulado por considerar que el relato de la víctima en el caso bajo examen, ha sido corroborado por los informes psicológicos y psiquiátricos existentes en la causa y que la defensa tiende a separar las pruebas e indicios sin lograrlo, por lo que no se advierten en la sentencia causales de nulidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de C. J. O.; impuso las costas a la vencida; reguló honorarios profesionales y remitió las actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4351, dictada por la Primera Cámara del Crimen, 3° CJ.

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

Parágrafos destacados:

“...cada una de las expresiones de la víctima debe ser valorada con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa”.

“[...] debe tenerse presente, el principio de **unidad de la prueba**, porque se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pudiesen aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados”.

“...Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que M. C. B., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una **doble protección jurídica: por ser mujer y niña**. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.”

Precedentes citados

a- SCJM.

- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

(LS 393-243, 382-107)

b- CIDH

- Caso Bámaca Velázquez vs Guatemala. 25-11-00: Párr. 201
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- Caso Bulacio c/ Argentina”. Sentencia 18-09-03. Serie C, N 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- Campo Algodonero vs. México. 16-11-09.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

Precedentes relacionados:

Morillas Tejada. 22-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220622_FcMTA.pdf

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

(S.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04354339-8/1((030501-96497)) FYQ PART C/ O. C. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO Y POR LA SITUACION DE GUARDA (96497) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104431398*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04354339-8/1 caratulada “F Y Q PART C/ O. C. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VINCULO Y POR LA SITUACION DE GUARDA S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

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

La defensa de C. J. O., interpone recurso de casación -fs.351/356- contra la Sentencia N° 4351 de fs. 339/340 y sus fundamentos de fs. 342/350 dictada por la Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial, en la que se condena a su pupilo a la pena de nueve años de prisión, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser encargado de la guarda, previsto y penado por el artículo 119, párrafos tercero y cuarto, apartado b) del Código Penal.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditado el contenido de la requisitoria fiscal en cuanto al hecho atribuido, que es el siguiente: “[...] sin poder determinar con precisión la fecha, pero durante el otoño del año 2010, cuando la víctima [...], tenía 6 años de edad, en horas de la tarde, aproximadamente a las 16 horas, en momentos en que se encontraba al cuidado de su tío materno, C. J. O. L., en su vivienda de calle ... de Rivadavia, la víctima se acostó en la cama junto a C. J. O. L., donde éste la abrazó y besó en la cabeza y en el cuello, luego le sacó por la fuerza la remera y el pantalón que vestía y la besó en la boca por la fuerza reiteradamente, tras lo cual le quitó la ropa interior y le introdujo su pene en el ano de la víctima”. Para así decidir, el inferior valoró entre otras pruebas, la declaración del imputado; el testimonio de la menor víctima en cámara Gesell; las testimoniales de la directora, la docente y la psicopedagoga del colegio al que asistía la menor; los testimonios del padre y la madre de la víctima; la declaración de la menor M.M.M. -compañera de escuela de la menor-: la declaración de su psicóloga particular y los resultados de los exámenes físicos realizados por el médico del CMF.

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso de casación contra la sentencia arriba individualizada, por considerar que adolece de vicios in procedendo de acuerdo a lo preceptuado por el art. 474 inc. 2° del CPP.

En concreto, la defensa se agravia a partir de los siguientes puntos vinculados a la errónea valoración de la prueba.

El impugnante ataca el fallo por considerar que la certeza necesaria para condenar se basó en pruebas puramente subjetivas.

En particular, se agravia de la valoración que el a quo realizó del testimonio que la menor brindó en cámara Gesell, porque entiende que esta prueba no fue contemplada ni ensamblada con el resto del plexo probatorio.

En esta tesitura, afirma que los dichos de la menor no tienen entidad suficiente para fundar la condena, ya que su relato estuvo contaminado por lo que le dijeron sus padres, dichos que la víctima se limitó a reproducir.

En este sentido pone de resalto, que la menor declaró durante la audiencia de debate haber hablado ampliamente del tema con su madre al día siguiente de contar lo sucedido en la escuela; mientras que la madre, por su parte, manifestó que no habló con su hija luego de que ésta le contara lo sucedido para no contaminarla.

Entiende además, que las manifestaciones de la menor M.C.B.R. resultaron contradictorias, porque lo que le contó a sus amigas no se condice con el relato que realizó ante el gabinete psicopedagógico de la escuela a la que asistía.

En este sentido sostiene que la cadena indiciaria no es grave, ni precisa ni concordante, ya que con la prueba recolectada no es suficiente para reconstruir la verdad real, y en consecuencia la sentencia basada solo en el relato de la menor es arbitraria.

Argumenta que tal como se desprende del testimonio de la menor, el ataque sexual duró 40 minutos, y cuestiona que durante todo ese lapso de tiempo, una niña de seis años haya podido soportar una violación anal sin emitir un quejido o una voz de alarma para que alguien la ayudara.

Agrega, que tampoco resulta creíble que luego de un suceso de estas características la menor se vistiera y se fuera a dormir tranquila. Sostiene, que un hecho como el relatado debió dejar rastros en la ropa interior de la menor y en las sábanas, tal como lo expresó el Dr. P. del CMF, cuando durante la investigación penal preparatoria sostuvo que era poco probable que una niña de 6 años pudiera superar semejante trauma físico sin intervención quirúrgica (sutura anal).

Aduce que la lesión constatada pudo ser producto de un bolo fecal, dolencia por la que la menor fuera internada en el Hospital Perrupato durante 24 horas, tal como manifestó su madre en el debate. Durante la internación se le practicó a la niña un tacto rectal, lo que el recurrente menciona como causa probable de las lesiones anales. Agrega que resulta extraño que los especialistas que la trataron en el hospital, no hayan detectado rastros físicos ni psíquicos del abuso, al igual que los propios padres de la niña, quienes tampoco notaron cambios luego del ataque sufrido.

Sostiene que el tribunal de sentencia no valoró la motivación que los padres y la tía de la menor tuvieron para realizar la denuncia.

En este sentido, argumenta que el objetivo de la ex mujer de su asistido -tía de la menor- era sacar de la casa al acusado, siendo éste el motivo de la denuncia.

Reclama que se absuelva a su defendido.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Titular del Ministerio Público Fiscal, emite su dictamen a fs. 369/371, y sostiene que corresponde el rechazo de la pretensión casatoria.

Manifiesta que en los hechos de abuso sexual cobra un valor esencial el testimonio de la víctima, por ser delitos cometidos en la intimidad.

Asimismo señala que el relato de la víctima en caso bajo examen, ha sido corroborado por los informes psicológicos y psiquiátricos.

Considera que por estos motivos el inferior ha privilegiado el testimonio de la víctima, y ha tenido en cuenta que el hecho ocurrió cuando sólo tenía seis años, por lo que no es esperable que relate con detalles lo ocurrido, ni el tiempo que duró el hecho.

Esto en función de que la percepción de una niña de seis años no puede ser valorada como una determinación exacta de tiempo, como lo pretende de la defensa.

Entiende que la falta de prueba que cuestiona la defensa no es tal, porque existe una lesión anal de la menor que se condice con el resto de las pruebas obrantes.

Además, el hecho de que nadie se diera cuenta de lo ocurrido, encuentra sustento en la declaración de la menor quien manifestó haber vivido esta situación con absoluta vergüenza, con lo cual puede haber ocultado cualquier conducta que revelara ante sus padres lo que le había ocurrido.

Finalmente considera que la defensa tiende a separar las pruebas e indicios sin lograrlo, por lo que no se advierten en la sentencia causales de nulidad.

En consecuencia afirma que corresponde rechazar el recurso de casación articulado.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por el abogado defensor del imputado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso de casación articulado, ello por las razones que serán detalladas a continuación.

Al analizar el primer agravio planteado por el impugnante en cuanto menciona supuestas contradicciones en el relato de la víctima, advierto que el planteo no puede prosperar. Ello así, porque contrariamente a lo sostenido por el quejoso, advierto que el a quo ha valorado satisfactoriamente las pruebas e indicios para arribar al estado de certeza necesario, y de esta manera dictar una sentencia condenatoria. Doy razones.

En primer término, no se advierten las contradicciones mencionadas por el recurrente, ya que la madre de la víctima relató que su hija era muy introvertida, pero que luego de haber podido contar lo sucedido, se desahogó.

Esta afirmación de la testigo deja inferir sin esfuerzo, que habló con su hija de lo sucedido, lo que resulta coincidente con lo declarado por la menor en Cámara Gesell.

En consecuencia el agravio no puede prosperar. En segundo término, tampoco se evidencian contradicciones entre lo que la niña les manifestó a sus amigas y lo que les relató a las psicopedagogas de su escuela cuando fuera entrevistada.

Sin perjuicio de ello, advierto que el impugnante no concreta este agravio, es decir que no explica cuáles son concretamente las contradicciones de las que se queja, ni explica la decisividad que éstas, de haber existido, tuvieron en el resultado de la sentencia, lo que constituye un motivo para su rechazo.

Además, entiendo que la testimonial de la menor en cámara Gesell, resultó concordante con otros elementos de prueba, tal como lo destacó el tribunal inferior al sostener que, “[...] el hecho objeto de la imputación tuvo su origen en lo actuado por la directora de la escuela ..., Sra. M. E. F., de la docente P. M. L. y de la Psicopedagoga C. A. Las tres han brindado un testimonio en el mismo sentido y de una perfecta coherencia [...] las tres han relatado el siguiente hecho: que en un momento determinado la niña ..., ya de por sí retraída pero excelente alumna, tuvo una crisis de llanto donde, a instancia de la Psicopedagoga,

comenzó a efectuar revelaciones sobre un presunto abuso sexual que habría sufrido hace muchos años por parte de su tío [...]” (fundamentos, fs. 343 vta.).

Cabe destacar que nada de extraño tiene que los padres no hayan notado señales del abuso sufrido, en tanto que de la declaración de la menor surge que esta situación fue vivenciada por ella con mucha vergüenza, de lo que se deriva el retraimiento de la niña ante sus padres.

Asimismo el a quo merituó la declaración de la Lic. A. M., psicóloga privada de la menor, quien luego de ser relevada debidamente del secreto profesional, manifestó que atendió a la niña luego de que el colegio tomara conocimiento del abuso sexual.

La especialista explicó que el discurso de la menor se encontraba cargado de angustia, y que el hecho de haberlo mantenido en el tiempo -la víctima tenía 6 años al momento del suceso y 12 años cuando pudo contarlo- es un indicador de que no fue influenciada por personas externas.

En consecuencia, debe desestimarse el agravio, en tanto el a quo descartó razonadamente que el **relato de la niña se encontrara influenciado por sus parientes mayores.**

En otro orden, se queja la defensa en tanto considera que “la reconstrucción de la verdad real” se basó sólo en prueba subjetiva, planteo que no puede de ningún modo prosperar por dos motivos.

El primero, porque el principio de libertad probatoria que rige nuestro proceso penal establece que todo puede ser probado por cualquier medio de prueba.

Es decir que conforme a lo preceptuado por el art. 205 del CPP, no existe en nuestra legislación procedimental, obstáculo legal para que una sentencia se base solo en prueba testimonial.

Tal como lo he sostenido en anteriores pronunciamientos, el valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

De igual manera, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (**Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

Ello por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva, que se comenten al amparo de la privacidad. Con lo cual, cada una de las expresiones de la víctima debe ser valorada con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa.

El segundo, porque del análisis de la sentencia se desprende que el a quo no se basó únicamente en las pruebas testimoniales, sino que también ponderó el informe del CMF que constató que la menor tenía lesiones anales compatibles con abuso, prueba de cargo que la defensa no ha podido desvirtuar.

Todo ello sin perjuicio de valorar los diversos testimonios que, como se adelantó, corroboraron el relato de la menor. Además, la defensa cita de modo equívoco lo manifestado por el médico del CAI a fs. 172/173 durante la instrucción.

En efecto, el Dr. P., luego de examinar a la menor declaró durante la investigación preparatoria -prueba ofrecida por el MPF- y señaló que “[...] la introducción de un objeto romo duro y rígido a través del ano, cuando se vence la complacencia del mismo, actualmente deja lesiones, desgarró y roturas de la mucosa anal que deberían tener asistencia médica, siempre y cuando la persona abusada manifieste tal situación [...]” (v. fs. 172 vta.).

Ello así, porque durante la audiencia de debate, declaró y explicó que la cicatrización de las lesiones constatadas ocurre entre los doce y los treinta días posteriores al suceso que provocó la lesión, sin mencionar en ningún momento que fuera necesaria una intervención quirúrgica o sutura como plantea la defensa en su recurso (fundamentos fs. 345).

Resta agregar que en aquella oportunidad el médico aclaró que las lesiones de la menor fueron producidas **por un objeto romo y rígido**, como así también que cuando se introduce un objeto de estas características en el ano, puede existir sangrado -no siempre- o hematomas, ya que se trata de un trauma.

Luego explicó que un bolo fecal expulsado de manera normal, no causa ese tipo de lesiones en virtud de la textura de los músculos del ano, y sostuvo que las lesiones que presentaba la víctima eran compatibles con abuso sexual.

Hay que hacer notar entonces, que el intento de la defensa de utilizar la declaración del Dr. P. como una prueba para generar dudas en cuanto a la causa de las lesiones no puede prosperar.

Ello así, porque en virtud de la valoración que el tribunal realizó del informe del examen físico realizado a la niña y de lo que posteriormente el Dr. P. manifestó en la audiencia de debate, la hipótesis defensiva ha sido razonablemente descartada por el tribunal de sentencia.

En otro orden, el recurrente cuestiona que los médicos que trataron a la niña durante su internación en el hospital Perrupato por un bolo fecal, no advirtieran la existencia de las lesiones anales. Agravio que no puede prosperar por dos motivos.

Por un lado porque el recurrente reedita un planteo defensivo que ya fue resuelto por el a quo en la sentencia sin refutar debidamente sus argumentos, y por otro, porque el razonamiento del sentenciante para descartarlo ha resultado acertado, ya que la determinación de este tipo de lesiones anales, resulta una tarea específica de la ciencia forense y, en consecuencia, pueden pasar inadvertidas para otros médicos tratantes.

Asimismo, tampoco puede prosperar la queja de la defensa en cuanto cuestiona la ausencia de rastros del delito, ya que luego de tantos años resulta razonable que no queden rastros como sangre, manchas en las prendas, en la ropa interior o en las sábanas, sin embargo el impugnante parece ignorar que efectivamente existe un rastro físico de aquel abuso: las lesiones anales constatadas a la menor.

Cabe agregar que el agravio en cuanto a la duración del abuso sexual, y la presumida ausencia de gritos o pedidos de auxilio por parte de la víctima no puede de ninguna manera prosperar.

Ello así porque el tiempo que duró el ataque sexual no ha sido objeto del presente proceso, en otras palabras, no ha resultado dirimente para el resultado de la sentencia determinar ni siquiera aproximadamente su duración.

Además el a quo, al valorar la declaración de la menor, concluyó que esos 40 minutos, fueron una apreciación de una niña de 12 años, del abuso que había sufrido a los 6 años. Sin perjuicio de ello, considero que la duración del abuso y la conducta de la víctima no fueron motivo de controversia en este proceso, por lo que corresponde rechazar el planteo.

En otro orden, resta analizar la hipótesis defensiva, que surge de lo declarado por el imputado, en tanto sostuvo que existió una confabulación de la familia en su contra para sacarlo de la casa, siendo éste el motivo de la denuncia.

Considero que la declaración del imputado resulta una afirmación huérfana de sustento probatorio y que fue descartada con acierto por el tribunal, en virtud de su incapacidad para desvirtuar la prueba de cargo, por lo que corresponde su rechazo.

Cabe destacar que la valoración realizada en por el tribunal de sentencia resultó acorde a la doctrina de esta Corte, en cuanto ha sostenido que “[...] debe tenerse presente, el principio de unidad de la prueba, porque se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pudiesen aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados” (LS 393-243, 382-107).

En resumen, de lo hasta lo aquí reseñado se desprende que el tribunal inferior merituó con acierto el plexo probatorio de la causa, y le otorgó credibilidad a la víctima en tanto su relato encontró sustento en otros elementos de convicción.

En suma, el sentenciante valoró que los dichos de la menor encontraron sustento en lo que la niña les contó a su madre, a sus amigas, y a las psicopedagogas de su escuela, como así también en lo informado por el CMF y lo declarado en audiencia por el médico que realizó el examen físico.

En síntesis, ha sido el plexo probatorio descripto, el que analizado en su conjunto llevó al juzgador a otorgarle credibilidad al relato de la menor.

Por todo ello, creo que el recurso no puede prosperar y, en consecuencia, debe ser rechazado, con la consecuente confirmación de la validez de la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el Ministro que lidera el voto preopinante, considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C. J. O..

No obstante ello, y advirtiendo que la víctima en autos, M. C. B., pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del SIDH -esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto-; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que M. C. B., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una **doble protección jurídica: por ser mujer y niña**. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido

que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (in re “**Concha, Jesús**”, expte. N° 13- 04292884-9/1, 20 de setiembre de 2018).

La Corte IDH en el “**Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**”, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006**, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que “En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas **se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones**. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación. (Cfr. Informe CIDH, **Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)”.

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, **Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**). Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la “La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N°24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género. A nivel nacional la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar

y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, La jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima. La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso “Castro Castro vs. Perú”, en donde merituó el testimonio de la víctima como “necesaria y suficiente” en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos “Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México”.

En el caso “**Campo Algodonero vs. México**”, la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer.

En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados.

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima M. C. B., ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, **Monseñor Oscar Arnulfo Romero** y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr.. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “**Caso Bulacio c/ Argentina**”. **Sentencia del 18 de setiembre del 2003**. Serie C, N| 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados

a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. R. A. L. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASI VOTO.

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

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

SENTENCIA

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 351/356 por la defensa de C. J. O..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. R. A. L. en la suma de pesos ... a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

4- MERLO DONAIRE. 08-03-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf

Lex: Art. 18 y 19 de la CN; 119 3° y 4° párrafo, letra b y f, 55, 119 4° párrafo, inc. b, d y f, 149 bis, 2° párrafo, 55 y 41 del C.P.; 474 inc. 2°, 206 y 416 inc. 4° del CPP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Convivencia. Arbitraria valoración de la prueba. Discrepancia de criterios sobre la valoración de la Prueba. Indeterminación de la Plataforma fáctica. Derecho Penal de autor. Ausencia de valoración en la declaración del imputado y testigos. Violación del Principio de Legalidad. Individualización de la Pena. Ausencia de Fundamentación.

Summa:

La **Exma. Quinta Cámara del Crimen** de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza condenó al nombrado a la pena de **dieciocho años de prisión** por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el vínculo y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años (tres hechos) en concurso real con el delito de abuso sexual simple, triplemente agravado por el vínculo, por la utilización de armas y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años reiterado en un número indeterminado de hechos y el delito de coacciones, todo en concurso real.

La **defensa técnica** del condenado tilda de nula la Sentencia por entender que existen vicios in procedendo. Entiende que cada una de las conductas endilgadas no encuentran respaldo probatorio sólido, en tanto consisten en aseveraciones dogmáticas carentes de demostración, o en un análisis parcial e inconexo de las pruebas incorporadas en autos. Sostiene que es nula por violar los art. 18 y 19 de la C.N.. Resalta la inexistencia de análisis sobre la calificación legal atribuida al encartado y la doble valoración de la pena.

El **Procurador General** considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia. Estima que el tribunal de sentencia contó con los elementos probatorios suficientes para lograr la certeza requerida a los fines de condenar al imputado y que los agravios reflejan la discrepancia de la defensa en el legítimo ejercicio de su cargo.

La **SCJM** rechaza el recurso de casación interpuesto, impone las costas a la vencida, regular los honorarios profesionales y tiene presente la reserva del caso federal formulada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5013, Quinta Cámara del Crimen (hoy TPC N°1)- 1CJ.

Doctrina citada:

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116; D'alesio, Andrés J. (Director) - Divito, Mauro (Coordinador), Código Penal Comentado y Anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423.

Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137.

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78 y 78.

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

Precedentes citados

a- CIDH

- Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 25-11-00.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf
Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia 31-01-06. Serie C N° 70, párr.201.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es
- Campo Algodonero vs. México. 16-11-09.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

b- SCJM

- (L.S. 393-243, 382- 107, 381-233).
- “Lorete Luis Alberto”
- “Videla Lucero” https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191114_FcCortez.pdf
- “Córdoba, Jorge Antonio” https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221215_FcSCL.pdf
- “Navarro Moreno, Miguel Alejandro”
- “Concha, Jesús”, 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

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

(S.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04356634-7/1((010507-108139)) F. C/ M. D. J. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (108139) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104420583*

En Mendoza, a los ocho días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04356634-7/1, caratulada "FC/ M. D., J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

La defensa de J. A. M. D. interpone recurso de casación (fs. 321/326) contra la Sentencia N° 5.013 (fs. 293 y vta.) y sus fundamentos (fs. 294/308), mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de dieciocho años de prisión por considerarlo autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el vínculo y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años (tres hechos) en concurso real con el delito de abuso sexual simple, triplemente agravado por el vínculo, por la utilización de armas y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años reiterado en un número indeterminado de hechos y el delito de coacciones, todo en concurso real (arts. 119 3° y 4° párrafo, letra b y f, 55, 119 4° párrafo, inc. b, d y f, 149 bis, segundo párrafo y 55 del C.P.).

El pronunciamiento fue dictado en la causa N° P-108.139/16 por la entonces Quinta Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El Tribunal antes mencionado tuvo por probado que "en fecha no determinada, pero comprendida aproximadamente entre el día 22 de septiembre del año 2007 y el día 21 de septiembre del año 2008, en horas de la tarde, en el domicilio ubicado en calle..., Mendoza, la menor C. A. M. G. (6 años de edad) se encontraba durmiendo la siesta en la cama de su padre, J. A. M. D., encontrándose los nombrados solos en el domicilio ya que la madre de la menor P. E. G. había ido a llevar al médico a su hijo L. En ese momento, la menor se encontraba acostada boca arriba y fue despertada por su padre, quien le quitó la remera y la bombacha, se subió arriba de ella y comenzó a tocarla con su pene en la zona vaginal, sosteniéndole con una de sus manos los brazos a la menor por arriba de la cabeza, mientras que con la otra sostenía el cuerpo de la niña, para finalmente comenzar a penetrarla por la vagina con su miembro viril, cesando su accionar ante el llanto de dolor de la niña.

Posteriormente, en fecha no determinada, pero ubicable entre los días martes 11 de septiembre de 2012 y jueves 13 de septiembre de 2012, en horas de la siesta, la menor C. A. M. G. (10 años de edad) se encontraba sola con su padre J. M. D., debido a que la madre de la niña se encontraba internada en el hospital por haber dado a luz al menor G. M.

En dichas circunstancias, encontrándose ambos en el comedor de la casa, éste la tomó del brazo y la llevó por la fuerza a la habitación que compartían.

En ese lugar la acostó en la cama boca arriba y empezó a desvestirla sacándole el pantalón corto y la ropa interior. La niña empezó a resistirse por lo que su padre la golpeó y se subió encima de ella para luego sujetarla con una de sus manos los brazos de la niña por arriba de la cabeza para que no se moviera y con la otra mano le abrió las piernas por la fuerza para penetrarla con su pene por vía vaginal, eyaculando luego de ello a la menor en las piernas y limpiándola luego con una media o papel.

Luego, en fecha no determinada, pero comprendida entre los días sábado 19 de julio de 2014 y martes 22 de julio en horas de la noche la menor C. A. M. de 12 años de edad, se encontraba en su domicilio acostada en la cama de su madre cuidando a uno de sus hermanos menores. En ese momento llegó al lugar su padre J. M. [...].

Seguidamente, el ciudadano M. se acostó en la cama junto a su hija, oportunidad que le apoyó su pene en la zona vaginal. Inmediatamente la comenzó a desvestir, bajándole el pantalón y ante la resistencia de la niña, éste le manifestó que no la iba a lastimar, que se quedara quieta, que lo dejara y ante una nueva oposición de la niña, la comenzó a golpear en la cara, en los brazos y en las piernas ante la constante intransigencia de la menor.

Por tal motivo, el imputado esperó hasta que la menor conciliara el sueño, momento en que le sacó el pantalón y la bombacha, y comenzó a penetrarla con la punta de su pene, aclarándole en tal momento a su hija que esto lo hacía para no lastimarle la vagina.

Ulteriormente, en fecha no determinada pero comprendida entre los días 2 y 5 de marzo de 2016 [...] el ciudadano J. A. M. D., encontrándose en el domicilio antes señalado le realizó tocamientos de índole sexual a su hija C. A. M. G., de 14 años de edad. Asimismo, estos episodios de abuso sexual perpetrados por el ciudadano M. D., en perjuicio de su hija menor de edad C. A. M. se reiteraron en el tiempo a diario, en la cotidianidad del hogar, consistiendo generalmente en tocamientos en la zona vaginal y en los pechos de la menor. Estos sucesos ocurrían normalmente los días domingos, mientras el padre de la menor se encontraba durante todo el día en el domicilio.

En estas oportunidades acosaba constantemente a la menor [...]. Inclusive éste, en tres oportunidades, a fin de que la menor no se resistiera a sus tocamientos impúdicos, le colocó un cuchillo en el cuello logrando de esta manera la sumisión de la menor.

Finalmente, el día 28 de octubre de 2016, siendo aproximadamente la 1:00 hs. de la madrugada, la menor C. A. M. G. de 15 años de edad se encontraba en su domicilio cuando al salir de bañarse fue interceptada en el pasillo de la vivienda por su padre quien la llevó del brazo por la fuerza hasta el comedor de la casa. Allí comenzaron a forcejear, por lo que el ciudadano M. golpeó a la menor en su estómago con un golpe de puño y le manifestó a la joven "...andate despidiendo, porque te voy a matar, esta es la última que me haces, esto te lo dije varias veces, te voy a matar y me voy a matar yo, no me importa nada, me la voy a jugar y si no te dejas te voy a matar".

Para así decidir, el tribunal de sentencia valoró, entre los principales elementos, la declaración testimonial de la menor en Cámara Gesell (fs. 63/68), el examen psíquico realizado a la víctima por el EPAASI (fs. 37), la declaración testimonial de P. G. y las declaraciones en audiencia de debate de las licenciadas C. C., M. F. y A. R.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la impugnación de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 2° del C.P.P., es decir, por la presencia de vicios in procedendo.

En este sentido, alega la defensa la inobservancia de los arts. 206 y 416 inc. 4º del C.P.P., ello por entender que la errónea valoración de la prueba condujo al a quo a tener por acreditada la materialidad de los hechos y la autoría de su defendido en los hechos que se le endilgan.

En primer lugar, sostiene que el tribunal sentenciante omite valorar el informe médico obrante a fs. 117 realizado a la menor C. A., de donde se desprende que presenta un “himen íntegro”, centrando el a quo su análisis en las declaraciones de la Dra. M. G. y la Dra. V. (representante de la querellante particular), quienes sostuvieron que cuando se trata de una menor o de una paciente con desarrollo puberal, puede ocurrir que haya una penetración completa o incompleta sin desgarramiento himenal.

Crítica el recurrente en este punto, que las referidas testigos no especifican a qué edad puede suceder esto, si C. poseía un desarrollo puberal a la fecha de los supuestos hechos, o cómo es posible que luego de tres penetraciones su himen continúe íntegro. Sostiene que estos interrogantes no estuvieron presentes en el razonamiento del juzgador al momento de valorar la prueba, por lo que existe en este punto una arbitraria valoración de los elementos de juicio.

En segundo lugar, se agravia el quejoso por entender que el a quo se limitó a transcribir la declaración de M. D., sin realizar mérito alguno sobre la versión de los hechos brindada por su defendido. Entiende que la declaración del imputado es su principal elemento de defensa material por lo que, conforme al sistema de sana crítica racional, debería haber sido valorada y controvertida en el razonamiento del juez. En tercer lugar, y en relación a las declaraciones testimoniales de G. S., progenitora de la víctima, destaca la diferencia sustancial entre lo declarado por la testigo en oportunidad de formular denuncia, en donde aseguró no haber sospechado de los abusos, y lo declarado en audiencia de debate, en tanto sostuvo «[...] yo empecé a atar cabos, el padre la llevaba a la escuela, yo me bañaba y sentía ruidos en la cama, salía y estaban jugando al celular».

Considera la defensa que el juez sentenciante no realizó ningún mérito sobre las contradicciones apuntadas, como así también, destaca que la menor en su declaración en ningún momento manifiesta que los supuestos abusos hubieran sucedido mientras la madre se estuviese bañando. Del mismo modo, se agravia por entender que el a quo no realizó ningún mérito sobre la declaración testimonial de E. M. V. M., prima del imputado M. D., quien sostuvo que «[...] andaban juntos para todos lados, cuando nacían los chicos, los cuidaba la abuela, él iba con los cuatro chicos a la escuela, siempre estuvo con su pareja en los Hospitales cuando dio a luz».

Concluye el quejoso que cada una de las conductas endilgadas a su asistido no encuentran respaldo probatorio sólido, en tanto consisten en aseveraciones dogmáticas carentes de demostración, o en un análisis parcial e inconexo de la prueba incorporada en autos.

Dentro de un segundo grupo de agravios, plantea en primer orden la nulidad de la sentencia en tanto entiende que no se habría determinado la circunstancia temporal en que habrían ocurrido los hechos, estableciendo sólo una franja muy amplia de tiempo.

Alega en este sentido, que el imputado no ha tenido la oportunidad de defenderse correctamente porque no supo desde un primer momento la fecha precisa en que sucedieron los hechos, resultando imposible esbozar explicación alguna acerca de lo que estaba haciendo su asistido u ofrecer una mínima resistencia a la acusación fiscal si no se tiene en claro en qué momento ocurrieron los hechos.

En segundo orden, alega que el a quo al valorar la prueba realizó consideraciones relativas a la personalidad del imputado, lo que es incompatible con un sistema jurídico que fundamenta el reproche penal en el principio de culpabilidad, es decir, en la responsabilidad por el hecho.

Sostiene que la sentencia impugnada resulta nula por violar los principios establecidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, ya que el juez sentenciante ha tenido en cuenta para merituar la prueba, determinar la responsabilidad del imputado e individualizar la pena, características de su personalidad, lo cual resulta descalificante, discriminatorio y propio de un derecho penal de autor.

En tercer orden, y en relación a los abusos sexuales simples agravados por el vínculo, por la utilización de armas y por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años, reiterado en un número indeterminado de hechos, se agravia por entender que no existe en la sentencia el más mínimo análisis sobre la calificación legal atribuida al encartado, lo que le imposibilitó saber qué tuvo en cuenta el a quo al resolver.

Sostiene en este sentido, que el tribunal sentenciante, además de definir el tipo penal y transcribir lo descripto en el requerimiento de citación a juicio, refiere que existió dicha conducta por parte del imputado en razón exclusivamente de la edad de la víctima al momento del hecho que le impedía consentir libremente y por mediar violencia.

De igual modo, entiende que, en relación al delito de coacciones, el juez de sentencia tampoco brinda una sola razón por la cual concluye en ese sentido, limitándose a definir la figura típica, citar doctrina y transcribir los hechos conforme el requerimiento de citación a juicio.

Por último, afirma que el juez al individualizar el monto de la pena vulneró el principio de legalidad, ya que debió computar como atenuante la falta de antecedentes de M. D.

Por otro lado, sostiene que el juez a quo realizó una doble valoración de la pena, toda vez que para merituar su cuantía ponderó la relación de parentesco entre el imputado y la supuesta víctima, circunstancia que constituye una agravante del delito que se le endilga, razón por la cual, ya estaba prevista en el injusto penal en abstracto.

Además, señala que el juez de sentencia justifica la pena a modo de “castigo” para el padre que debía cuidar y proteger, y no someter sexualmente en forma reiterada a su hija, circunstancia que excede las facultades del juez en la materia en cuestión.

En virtud de lo expuesto, solicita la nulidad de la sentencia impugnada y su reenvío para la realización de un nuevo debate.

En subsidio, solicita se case la sentencia y se corrija la calificación legal, y se condena a M. D. a la pena mínima por los delitos de abuso sexual simple doblemente agravado por el vínculo y por aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad (tres hechos) en concurso real con el delito de abuso sexual simple triplemente agravado por el vínculo, por la utilización de armas y por el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente con una menor de 18 años de edad reiterado en un número indeterminado de hechos y el delito de coacciones, todo en concurso real. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la sentencia.

Estima que el tribunal de sentencia contó con los elementos probatorios suficientes para lograr la certeza requerida a los fines de condenar al imputado, los que fueron analizados y cotejados en su totalidad por el tribunal.

Finalmente afirma que los agravios, más que vicios en la sentencia, reflejan la discrepancia de la defensa en el legítimo ejercicio de su cargo.

4.- La solución

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

A modo de aclaración previa, debo señalar que teniendo en consideración el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, ello justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, se abordará en primer lugar la cuestión relativa a la indeterminación de la plataforma fáctica.

La defensa plantea que se ha vulnerado su derecho de defensa en tanto la falta de determinación de las fechas precisas en que habrían acontecidos los hechos le impidió ejercer debidamente su derecho de defensa.

Al respecto, esta Corte en pronunciamientos anteriores ha entendido que en los casos de violencia sexual, sobre todo, cuando las víctimas son menores de edad, las exigencias para la determinación cronológica de los hechos deben ser menos estrictas, considerando el perfil psicológico del menor, su edad, su capacidad de situarse en el tiempo y demás particularidades que puedan influir de algún modo en la precisión de su relato (“Lorente, Luis Alberto”).

En el caso sub examine se advierte que los reiterados abusos por parte de su progenitor comenzaron cuando la víctima C. A. M. tenía seis años de edad, perpetrándose la mayoría de los hechos durante la niñez, por lo que las pretensiones de la defensa en cuanto a la precisión en el relato de la víctima, no resultan ajustadas a la madurez de la menor, y al tiempo que transcurrió entre los distintos hechos y el momento en que C. A. manifestó lo sucedido en el ámbito escolar.

No obstante ello, se desprende de la lectura de los hechos precisados en el requerimiento de citación a juicio, y dentro de las limitaciones probatorias señaladas, que se establecieron franjas temporarias con indicación de días y meses, como así también, referencias tales como que los hechos ocurrían mientras la madre se encontraba internada por los nacimientos de los hermanos menores, o que los abusos acontecían los días domingos.

Por otra parte, no debe soslayarse que la plataforma fáctica cuestionada se mantuvo incólume durante las distintas etapas del proceso, y no fue objeto de impugnación en ninguna de las instancias, siendo recién cuestionada su validez en esta instancia recursiva.

Por ello, y en virtud de las razones expuestas, entiendo que el agravio esgrimido en el sentido indicado por el recurrente no puede prosperar. En segundo lugar, abordaré los vicios in procedendo denunciados por el recurrente -lo que constituye el aspecto nuclear del recurso-, mediante el análisis de los cuestionamientos sobre la valoración del plexo probatorio. Preliminarmente, y advirtiendo que la víctima en autos, C. A. M. G., pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del SIDH –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que C. A., quien fue víctima de reiterados abusos sexuales por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (in re “Concha, Jesús”, expte. N°13-04292884-9/1, 20 de setiembre de 2018).

La Corte IDH en el “**Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**”, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que “En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr.Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)”. En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales:

- i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y
- ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la “La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género. A nivel nacional la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima. La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso “Castro Castro vs. Perú”, en donde meritó el testimonio de la víctima como “necesaria y suficiente” en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los casos “Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México”.

En el caso “**Campo Algodonero vs. México**”, la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer. En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados. Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima C. A., ponderó todas los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

De este modo, el sentenciante meritó como una prueba relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación, la declaración testimonial de C. A. prestada en Cámara Gesell, lo que consideró corroborado con el examen psíquico realizado por el EPAASI a C., el informe de la declaración de la menor en Cámara Gesell que ordena el art. 240 bis del C.P.P. y la declaración testimonial en audiencia de debate de los profesionales que intervinieron en los exámenes referidos (Lic. C., Lic. R. y Lic. F.), elementos de juicio que no fueron cuestionados en esta instancia por el recurrente. Asimismo, estimo que este cuadro

probatorio fue valorado en un todo de acuerdo con el principio de unidad de la prueba, adoptado reiteradamente por este Cuerpo (L.S. 393-243, 382- 107, 381-233, entre otros).

Sentado ello, corresponde tratar los fundamentos que fueron objeto de agravio por parte de la defensa. En primer orden, el recurrente pretende desvirtuar el plexo probatorio señalado, al sostener que los hechos relatados por la menor C. A. no se condicen con la pericia física realizada a la menor, de la que se desprende que la víctima presenta el himen íntegro. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede tener acogida favorable, toda vez que el sentenciante dio suficientes razones que justifican su decisión. En efecto, consideró el a quo, citando el precedente “Videla Lucero” (LS 407-183) de esta Sala, que no resultaba atendible el planteo de la defensa en tanto consideraba que no había existido acceso carnal, porque sólo hubo coito vestibular y no desgarró del himen. A tal fin, destacó que «En este aspecto fue suficientemente clara la Dra. M. G. cuando a fs. 210 cuando sostiene que cuando hablamos de una menor o de una paciente con desarrollo puberal, puede ocurrir este hecho, de que haya una penetración completa o incompleta sin desgarró himenal [...]» (fundamentos de fs. 299).

Estimo que la aclaración pretendida por la defensa relativa a que si la víctima se encontraba al momento de los hechos en la etapa puberal o no, carece de mayor relevancia, ya que de la propia descripción de los hechos surge que la mayor parte de los abusos tuvieron lugar en la etapa del desarrollo puberal de C. A. En segundo orden, tampoco puede prosperar la crítica dirigida a las supuestas contradicciones en que habría incurrido la progenitora de la víctima, P. G., en tanto sostuvo al formular la denuncia que no había sospechado de los abusos, y en audiencia de debate habría manifestado que tuvo algunos indicios de lo sucedido, lo que –según entiende el recurrente– no fue debidamente meritudo por el a quo. Al respecto, no puedo dejar de señalar que el recurrente no da mayores precisiones, respecto de cómo esta omisión en el análisis del a quo influye perjudicialmente en los intereses procesales del imputado. Por otra parte, no advierto en las críticas apuntadas por el recurrente divergencias decisivas que conmuevan la validez de la sentencia cuestionada. Por el contrario, entiendo que la pretensión no puede ser acogida, toda vez que su agravio refleja la personal valoración e interpretación de la prueba producida en la causa y, con base en ella y sin mayores sustentos, procura desvirtuar el plexo probatorio analizado. De igual modo, las consideraciones vertidas precedentemente resultan válidas en relación a la omisa consideración por parte del a quo del testimonio brindado por E. M. V. M., prima del imputado, quien solo refirió que M. D. siempre acompañaba a su pareja en el hospital, y que en esas ocasiones los chicos eran cuidados por la abuela. En tercer orden, tampoco puede prosperar el cuestionamiento relativo a la supuesta omisión de análisis de la versión de los hechos dada por el imputado, puesto que el magistrado interviniente en sus fundamentos valoró suficientemente sus dichos, y concluyó que los motivos que adujo el imputado para negar la existencia de los hechos, no tenían asidero en los elementos de prueba incorporados legítimamente al debate.

En este sentido, destacó el juez de sentencia que «[...]la excusa del viaje a EE.UU. no guarda relación alguna con esta causa, y no es una mentira como sostiene el encartado, y que en realidad el único disparador que hubo para hacer la denuncia fue la charla que se le dio en la escuela en el contexto del taller “ni una menos”, dado que en dichos talleres se les recomienda a las menores hacer la denuncia [...]» (fundamentos de fs. 301 vta.).

Por último, y en relación a la valoración que realizó el sentenciante sobre la personalidad del imputado, de acuerdo al examen psíquico efectuado por la Lic. M., entiendo que no obstante las apreciaciones realizadas por la defensa, el agravio no puede prosperar, en tanto la solución a la que arriba el tribunal de sentencia se funda principalmente –tal como se analizó supra– en pruebas independientes a la señalada

en el presente agravio. Dicho de otro modo, el cuestionado elemento de juicio, constituyó para el sentenciante un indicio más en el contexto valorativo, que contribuyó a fundar la responsabilidad del imputado.

Con lo cual, las circunstancias sucintamente analizadas sugieren, según entiendo, que la crítica recursiva se muestra más bien como una mera discrepancia con la tarea axiológica del tribunal de juicio, insusceptible de conmover el sentido condenatorio del fallo atacado en tanto no aporta argumentos que permitan desvirtuarlo como acto jurisdiccional válido.

En tercer lugar, corresponde el análisis de los vicios iuris, en tanto el quejoso entendió que el dictum cuestionado adolece de una falta de fundamentación de las distintas calificaciones legales seleccionadas por el juzgador.

Entiendo que corresponde desestimar el agravio esgrimido en este sentido. Ello en tanto, y tal como surge de la lectura de la segunda cuestión, el a quo luego de citar calificada doctrina, valoró suficientemente los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales seleccionados y sus agravantes, refiriéndose a tal fin a cada una de las circunstancias acreditadas en la primera cuestión, a partir de las cuales tuvo por acreditados los extremos de la imputación.

Cuestionó también el recurrente el proceso seguido por el sentenciante en la determinación del monto de la pena. Consideró en este sentido, que el a quo no ponderó la falta de antecedentes del imputado, como así también, se agravia por entender que el sentenciante ha realizado una doble valoración, ya que merituó la circunstancia del vínculo entre la víctima y el imputado para fundar la pena, circunstancia que está contenida en la pena en abstracto.

En relación al agravio referido a la omisa consideración del a quo de la falta de antecedentes de M. D., entiende que no puede prosperar, en tanto el recurrente no demuestra cómo la valoración de tal circunstancia debió impactar en el monto de la pena.

Por otro lado, y respecto de la doble valoración en el proceso de selección de la pena, si bien es cierto que los criterios normativizados en el art. 41 del Código de fondo constituyen criterios que el juez debe seguir para delinear la pena que considere adecuada al ilícito, no por ello deben ser utilizados todos los allí nombrados, puesto que, en el caso concreto, pueden no estar presentes.

En este sentido se expide el art. 40 en cuanto establece que, al momento de condenar, los tribunales deben hacerlo «de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso». Según entiende la doctrina, el art. 41, del Código Penal enumera en forma ejemplificativa, no taxativa, cuáles son los criterios decisivos para fijar la pena (Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 116; D'alesio, Andrés J. (Director) - Divito, Mauro (Coordinador), Código Penal Comentado y Anotado, 1ª ed., Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 423); lo que implica que otros criterios no especificados en la norma pueden resultar, según las particularidades del caso, decisivos en la valoración seguida por el juez en el momento de individualizar la pena aplicable. En definitiva, la decisión del sentenciante no será arbitraria siempre que la sentencia cumpla con el deber que de aquella tarea se desprende, esto es, seguir una fundamentación explícita que haga posible el control crítico-racional en el proceso de individualización seguido.

Siguiendo este criterio, la lectura de la sentencia me permite advertir que el a quo ha determinado en la escala penal aplicable, aquellos criterios de la norma del art. 41 que fundan su decisión y el sentido en que fueron valorados; por lo que los principios de legalidad y de defensa en juicio se muestran suficientemente cumplidos. En efecto, el a quo consideró como determinante, la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, el peligro causado y el daño ocasionado a la víctima, valorando

para ello el abuso sexual reiterado al que fue sometido C. A. desde temprana edad, destacando en tal sentido que la menor «[...] se encontraba totalmente desprotegida porque no había nadie en la casa que pudiera auxiliarla, encontrándose el imputado en superioridad física, lo que permitió no solo realizar el acto, sino que además con total muestra de desprecio hacia su hija, con un arma cortopunzante la coacciona para lograr continuar con los abusos, lo que evidentemente también le produce un grave daño a la psiquis de la menor [...]» (fundamento de fs. 307 vta.).

Estas apreciaciones, entiendo, resultaron acertadas puesto que en el aprovechamiento de circunstancias adversas para la víctima radica un motivo más para apartarse del mínimo de la escala penal aplicable. En efecto, no es la relación institucional definida por la relación padre-hijo lo que sustenta un mayor reproche (ya valorada en el tipo agravado), sino, la intensidad de la organización asumida por el ofensor para explotar la vulnerabilidad del bien jurídico tutelado; condición que se corrobora en las distintas circunstancias que rodearon el hecho y en la personalidad de la víctima.

En este sentido, ha dicho la doctrina que «[e]n muchos supuestos, las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena 2ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 137).

Este es el criterio que ha seguido este Tribunal en relación al tema en análisis (“Córdoba, Jorge Antonio”). En definitiva, entiendo que el agravio esgrimido por la defensa no puede tener acogida favorable, en tanto las circunstancias apuntadas por el sentenciante demuestran un aumento en el estado de indefensión y una situación de predominio del autor, circunstancias aprovechadas por el victimario para vulnerar la integridad sexual de su hija desde que tenía seis años de edad.

Todo ello, entiendo, demuestra un mayor grado de intensidad en la violación de los deberes de carácter positivo que aquella institución contiene; configurándose así otro motivo para elevar el quantum de la pena. Por último, y en relación al vicio iuris denunciado por el recurrente en forma subsidiaria, emerge palmariamente de los términos en que ha sido planteado este agravio, que el impugnante pretende una distinta aplicación de la ley sustantiva a través de la modificación de la plataforma fáctica fijada en la sentencia y que en esta instancia se confirma.

Debe recordarse al respecto lo reiteradamente señalado por este tribunal en el sentido que «El recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio iuris atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, que queda fijado por el Tribunal inferior» (“Navarro Moreno, Miguel Alejandro”). Por lo que considero que el referido agravio debe ser rechazado. Por todo lo expuesto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J. A. M. D.. ASI VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR. A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR. A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. A. M. y C. M. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR. A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 321/326, por la Defensa de J. A. M. D..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. A. M. y C. M. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

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

5- DI GARBO. 04-04-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190404_FcDGMR.pdf

Lex: Art. 119, 1º párrafo, 55, 26 y 29 inc. 3º del CP.

Vox: Abuso sexual. Pericia o Informe técnico. Falta de elemento subjetivo. Animus. Consentimiento de la víctima. Concurso real.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial** condenó al señalado a la pena de **ocho meses de prisión en suspenso** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en forma reiterada. (Art. 119 primer párrafo, 55, 26 y 29 inc. 3º, todos del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa técnica.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4.207, pronunciada por la Primera Cámara del Crimen - 3º CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 388 – 219
- L.S. 418 - 227
- Funes Montaña. 08-02-96:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=OTYxOTkxMjY=&tabla=c2M>

≡

El tribunal a-quo es soberano en la apreciación de las pruebas ofrecidas, y su admisión o rechazo corresponde a la esfera de sus poderes discrecionales, incensurables en casación. La prueba omitida, debe ser decisiva; si carece de eficacia, la omisión no afecta la motivación. Por ello para dilucidar si hay omisión de prueba esencial se debe realizar la operación crítica de la inclusión mental hipotética de la prueba no producida, o sea, que si hubiera sido considerado, podría haber hecho variar el sentido de la decisión final.

Párrafo destacado:

*“Los **informes técnicos** (...) además de presentar naturaleza esencialmente descriptiva, no tienen el rigor formal de la pericia, y gozan validez probatoria al ser realizados por profesionales o técnicos en el rubro respecto del cual se expiden, con sujeción a procedimientos y mecanismos autorizados en el plano científico. Por lo tanto, no existe ningún vicio en su realización del que pueda colegirse vulneración del derecho de defensa en juicio como lo entiende el recurrente, debiendo rechazarse el agravio expuesto.”.*
(Dr. Valerio.)

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

(R.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04095179-7/1((030501-89235)) F. C/ D. G. M. R. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE (89235) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104155833*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04095179-7/1 caratulada "FC/ D.G. , M. R. P/ABUSO SEXUAL SIMPLE S/CASACIÓN".

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

A fs. 283/293, la defensa técnica del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 4.207 de fecha 28 de diciembre de 2.010 (fs. 256/257) y sus fundamentos (fs. 258/274 vta.) en cuanto resolvió por mayoría, condenar al nombrado a la pena de ocho meses de prisión en suspenso, con costas y accesorias legales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en forma reiterada que se le atribuye en el marco de los autos N° P-89.235/13 (art. 119 primer párrafo, 55, 26 y 29 inc. 3°, todos del Código Penal).

El pronunciamiento recurrido fue dictado por la Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia de la Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial, actuando en Colegio con la presidencia de la Dra. María Victoria Fránano, por mayoría, llegó a la certeza necesaria para condenar al acusado por el delito y en la medida individualizada ut-supra. De lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, se colige que el Tribunal a quo, por el voto de la mayoría de sus integrantes, estimó acreditado que el imputado D.G. (...años), quien se desempeñaba laboralmente como encargado de la ..., ubicada en calles ..., del departamento de ..., en días y horas no precisadas, pero durante aproximadamente los tres años anteriores al día 04 de setiembre de 2.013, en el interior de dicho local comercial, agredió sexualmente a T. L. G. (... años) en reiteradas oportunidades mediante actos de tocamiento en sus partes pudendas, mientras ésta se desempeñaba como empleada del local comercial. Para así decidir, valoró principalmente el testimonio de la víctima, sobre el que advirtió la presencia de múltiples indicadores de credibilidad, dichos que además resultaron corroborados a través de pruebas convergentes, especialmente la pericia psicológica que le fuera practicada (fs. 21); del mismo modo, descartó la versión exculpatoria dada por el imputado, como también el valor de los testimonios brindados por sus compañeros de trabajo y por los dueños del local comercial.

En disidencia, el Dr. Salvador Antonio Arnal, se pronunció por la absolución del imputado (art. 2 del C.P.P.), al considerar que no se había alcanzado el grado de certeza probatoria exigido normativamente para sustentar una sentencia de condena.

2.- Recurso de casación de la Defensa

El Dr. ..., por la defensa técnica del imputado M. R. D.G. , impugnó la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° y 2° del Código Procesal Penal de la provincia de Mendoza, esto es, por la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, y por la inobservancia de normas procesales establecidas bajo pena de nulidad, admisibilidad o caducidad.

Manifiesta que la sentencia impugnada resulta arbitraria por cuanto adolece de una fundamentación aparente, vicio derivado del incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de las pruebas colectadas, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional, determinando en el a quo una incorrecta valoración de los hechos y, en consecuencia, el error en su encuadre jurídico; vicios que la invalidan como acto jurisdiccional. En concreto, el recurrente cuestiona que la sentencia no demuestra con certeza probatoria la existencia del elemento subjetivo exigido por la figura delictiva endilgada a su asistido, y tampoco acredita la inexistencia de consentimiento por parte de la víctima.

Además, rechaza la categorización del hecho como un supuesto de violencia de género, y en consecuencia, la adopción de reglas especiales para la valoración de la prueba.

a) Sobre el elemento subjetivo del delito enrostrado, cuestiona que la sentencia no haya valorado las contradicciones en los dichos de la denunciante, ya que según advierte, es recién en su declaración de fs. 78 cuando hace referencia al presunto contenido libidinoso o sexual de los tocamientos, como también respecto de su resistencia a la acción desplegada por el imputado.

En este sentido, remarca que el contacto físico entre D.G. y la srta. G. materialmente existieron, y así fueron reconocidos por el propio imputado, quien siempre refirió la inexistencia de intencionalidad libidinosa, tomándolos como chistes sin contenido sexual, animus jocandi o lúdico que incluso fuera admitido por el representante fiscal en sus alegatos; más cuando su preferencia sexual es respecto de otros hombres, cuestión reconocida por todos los testigos, excepto la víctima y su pareja. Considera que el voto que integra la mayoría del Tribunal sólo consideró el aspecto objetivo de la conducta, es decir, “el tocar”, prescindiendo de analizar el elemento subjetivo del ilícito, que exige que se pruebe no sólo el acto material del tocamiento sino, además, la intención sexual del autor y la falta de consentimiento del sujeto pasivo. Sobre el particular, remarca las diferencias apuntadas en el voto de la minoría entre el dolo – conocimiento acabado del hecho, su representación y la voluntad dirigida en ese sentido– y el animus – desahogar apetitos desordenados de lujuria, de satisfacer impulsos libidinosos–, presentándose este último como el fin de aquel, y que, en autos, no pudo ser comprobado.

Cuestiona la arbitraria omisión de considerar prueba fundamental, señalando que no fueron debidamente valoradas las declaraciones testimoniales de los compañeros de trabajo de la denunciante, testigos que brindaron un relato que condice con la realidad de lo acontecido y corroboran los dichos de la propia víctima en su denuncia. Del mismo modo, tampoco se le dio importancia a la elección sexual del imputado y su vinculación con el elemento subjetivo del delito enrostrado, omitiendo valorar la pericia psiquiátrica practicada al imputado (fs. 139), que fuera ampliada en debate por el Dr. ..., psiquiatra del C.M.F., constatando la inexistencia de rasgos de personalidad compatibles con el ilícito que se le imputa. Se queja que la sentencia se basó, además de la credibilidad asignada al relato de la denunciante, en una prueba nula, de nulidad absoluta, como resulta ser la pericia psicológica practicada a la víctima (fs. 21), medida probatoria realizada sin respetar las exigencias legales (arts. 244/259 del C.P.P.), que impone la notificación al imputado y, en casos de urgencia, le habilita posteriormente el derecho de contralor; pero que se le negó una pericia de control bajo la providencia de no revictimizar a la denunciante, lo que avasalló el derecho de defensa y debido proceso. b) Sobre el consentimiento de la víctima, señala que la

sentencia no explica cuándo la víctima presuntamente dejó de consentir el contacto físico, tornando antijurídica la acción del imputado, por cuanto resultó demostrado que, al menos en el comienzo de la relación, se trató de una práctica permitida por ambos, incluso la denunciante participaba activamente de ella, siendo tocada o tocando indistintamente, sin que se haya acreditado resistencia alguna durante los tres años que duraron los juegos.

Que tampoco dice nada de que ningún integrante de su familia hiciera algo para lograr que el imputado cesara su acción, pese a que éste era vecino de aquella. Afirma que los dichos de la pareja de la denunciante -P. M., fs. 100/101- demuestran que se trata de un testigo falso, conclusión a la que arriba luego de analizar la inacción del mismo frente a los supuestos abusos por parte del imputado. c) Cuestiona que el Tribunal haya interpretado los hechos y valorado la prueba como si se tratara de un caso de violencia de género, categorización que resulta arbitraria al no indicar cuáles son las categorías que permitan aplicar al caso la ley 26.485, lo que determinó la aplicación de un método de valoración sorpresivo para el imputado, que derivó en una condena sobre la base de una “responsabilidad de carácter objetiva”. Comprobada la ausencia del elemento tipificante, surge la inexistencia de ilícito alguno que sancionar por ausencia de tipicidad, por lo que la conducta del imputado no excede lo que pudo ser un abuso de confianza sin connotación sexual, reprochable desde lo social y moral, pero no como delito. Por lo que considera que las pruebas receptadas, correctamente evaluadas, son suficientes para fundar la absolución por la duda, como lo propuso el voto minoritario del Tribunal, ya que permite corroborar la versión de los hechos efectuada por el imputado, la que incluso condice con el contenido de la denuncia. En consecuencia, solicita se case la sentencia cuestionada, y se remitan los presentes para un nuevo juicio.

3.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia del recurso incoado por la defensa de la imputada, advierte que debe ser rechazado sustancialmente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia recurrida.

Luego de individualizar y tratar cada uno de los agravios expuestos por el impugnante, advierte que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa no debe prosperar.

Destaca los beneficios y límites que impone la inmediación en la revisión de las declaraciones testimoniales prestadas en el plenario. Puntualiza en la existencia del elemento objetivo propio del delito juzgado, esto es, la existencia de tocamientos en zonas sexualmente significativas, no se encuentra controvertido, circunstancia reconocida por el mismo recurrente, quien le atribuye a dicha conducta la calidad de bromas desprovistas del elemento subjetivo propio del delito endilgado. Agrega que la valoración del testimonio de la víctima se efectuó considerando sus reacciones y las consecuencias sufridas en su salud, individualizándose aquellos indicadores de credibilidad a partir de la exteriorización afectiva acorde a los hechos narrados, su persistencia en el tiempo, la espontaneidad del relato, y su coherencia interna y externa; lo que resultó cotejado con el resultado de la pericia psicológica del Cuerpo Médico Forense, replicado luego en debate a través del testimonio del Lic. ...

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado.

De modo preliminar, debe dejarse sentado que cada vez que en lo sucesivo se utilicen las expresiones tales como “el Tribunal” o “el a quo”, se debe comprender la referencia a los fundamentos que conforman el voto mayoritario. Antes de analizar el aspecto sustancial de la decisión, creo conveniente formular una aclaración metodológica para ordenar el razonamiento que se seguirá en los próximos párrafos. Como ya fue expuesto en el punto 2, el recurrente identifica en su escrito tres motivos diferentes de cuestionamientos, en los que se vinculan y entremezclan vicios formales y sustanciales que serían expresivos de la pretendida nulidad del acto cuestionado, a saber:

- a) inexistencia de prueba respecto del elemento subjetivo;
- b) la inexistencia de certeza sobre el cese del consentimiento de la víctima;
- c) falta de argumentos para categorizar el hecho como un caso de violencia de género.

De allí que, en caso de asistirle razón a la defensa, la conducta endilgada al imputado resultaría atípica, por falta de comprobación del extremos típicos exigidos por la ley sustantiva para el delito en cuestión, correspondiendo su absolución. Al respecto, entiendo que tales argumentos no se condicen con las constancias de la causa y, por ello, no pueden tener acogida favorable en esta instancia. Es que si bien la defensa técnica pone en tela de juicio que el objeto del proceso haya sido acreditado con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria, como lo propone el voto que conforma la minoría del Tribunal (Dr. ...) y, en consecuencia, debe estarse al principio de inocencia, no sólo esta solución se presenta como poco plausible, sino que además es incorrecta. Veamos.

A. Sobre el contenido sexual de los actos de tocamiento –elemento subjetivo–. Criterios de apreciación. Valoración de la prueba.

El cuestionamiento que sobresale de la crítica defensiva resulta afincado en el análisis valorativo contenido en la sentencia respecto de la concurrencia en los hechos del elemento subjetivo exigido para el delito enrostrado, para lo cual, distingue el dolo del “animus” delictivo, identificando a éste como fin de aquel, extremo que, a su criterio, no se comprobó en autos. Desde este punto, en lo que representa una reedición de su estrategia defensiva, explica que si bien el contacto físico entre el imputado y la víctima objetiva y materialmente existió, el mismo tuvo lugar dentro de un contexto y con una finalidad de carácter lúdica, chistosa, como un “juego de manos” consentido por ambos. De allí que los actos del acusado nunca tuvieron el contenido sexual – animus– exigido para configurar, desde lo subjetivo, el delito endilgado, de lo que colige la existencia de un abuso de confianza de su parte, sólo reprochable desde lo social y moral. Veamos.

No puede desconocerse que la materialidad de los hechos nunca resultó controvertida por las partes, especialmente a partir de su reconocimiento por el propio imputado, lo que determina la veracidad de lo dichos de la víctima cuando declaró que «los abusos comenzaron hace tres años atrás [...] en la cola, en las tetas y en la entrepierna[...] siempre me toca con fuerza a lo bruto», agregando que los tocamientos «fueron por arriba de la ropa, pero hubo una vez que me paso la mano y me alcanzó a tocar un pecho por debajo de la ropa» (fs. 1); todo lo cual me releva de un análisis sobre este punto. A mi modo de ver, conforme las especiales y particulares circunstancias del caso, a la luz del material probatorio reunido y valorado en la sentencia, y descontando que el autor tuvo pleno conocimiento de lo que hacía, considero que la existencia de actos materiales de tocamiento ejecutados de manera reiterada por el autor sobre el zonas del cuerpo de la víctima de indiscutido valor sexual (glúteos, pechos, vagina), independientemente que con sus actos haya perseguido una finalidad jocosa o libidinosa, resulta suficiente para subsumir los hechos como lo hizo el sentenciante, entendiendo que se trataba de un abuso sexual simple (art. 119 primer párrafo del Código Penal), y no como lo pretende la defensa. Según lo entiendo, y así lo repasa la

doctrina dominante, el delito endilgado al acusado exige que el autor, además de realizar un acto “objetivamente impúdico”, conozca lo que hace –esto es que lo realiza sobre una parte pudenda del cuerpo de la víctima sin su voluntad– y que tenga la voluntad de hacerlo, extremos todos verificados en el caso de autos. Es que si bien no puede negarse que este delito requiera para su imputación la comprobación del aspecto subjetivo de la conducta, considero que éste no va más allá de consentir en un genérico propósito impúdico, que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias como por el simple conocimiento del significado impúdico y ofensivo que el hecho tiene para la víctima (Ñuñez, Creus, Soler, entre otros), elemento que, a mi juicio, necesariamente debe ser vinculado con la resistencia opuesta por la víctima para enfrenar la situación propuesta por el agente, ya que ello se constituye en un elemento de incuestionable manifestación de desprecio a su práctica, por resultarle ofensivo, aspecto que si bien será analizado en los puntos siguientes, resultó debidamente demostrado en autos. Repárese que nos encontramos ante una afectación de la libertad sexual, entendida como la libre disposición del cuerpo y respeto del pudor sexual, razón por la cual, la existencia de contacto corporal que represente inequívocamente una expresión sexual por estar dirigidos a partes pudendas del cuerpo asociadas a la actividad sexual, son configurativas del tipo enrostrado.

Diversa resultaría la cuestión cuando se tratare de actos en los que no resultare posible determinar con precisión la evidencia de su connotación libidinosa, por tratarse de contactos corporales interpersonales que no representan objetivamente una clara e inequívoca expresión de un abuso sexual (casos ambivalentes); en tales supuestos, se concederá preeminencia a la tendencia subjetiva del autor, lo que orientará la tarea axiológica del juzgador a conocer cuál fue el ánimo especial en el agente que determinó la conducta endilgada a los fines de su reprochabilidad penal. De allí que, a mi juicio, la conducta se torna abusiva no por el significado sexual o dirección que le otorgue el autor, sino porque se ejerce prescindiendo de la voluntad de la víctima, reduciéndola a simple objeto del tocamiento. La conducta desplegada por D.G. en sí misma ya representa un ataque directo a la autodeterminación o indemnidad sexual de la T. G. como destinataria de ellos. No existe desde lo objetivo, ningún grado de indefinición que precise ser superado acudiendo a baremos subjetivos de ponderación con el grado de incidencia planteado por la defensa. Recordemos que se trata de actos por los que el imputado tocó en reiteradas ocasiones los glúteos, los pechos, la entrepierna de la víctima, incluso con su miembro viril, todos admitidos por aquel. De allí que su apariencia externa, según la comprensión general, es reveladora de forma indiscutible y manifiesta, su vinculación sexual.

A lo cual debe agregarse las circunstancias de su consumación y al férreo rechazo expuesto por su destinataria –víctima–; elementos que tornan superfluo un análisis fáctico sobre la intencionalidad del agente -libidinoso, jocosos o injuriosos-, por cuanto admitiendo cualquiera de ellas, ninguna permite eliminar la referida connotación sexual.

En tal sentido, el imputado se valió para la ejecución de sus actos, de una situación de preeminencia laboral suficientemente probada, determinante de una relación de dependencia que tenía a la denunciante como empleada y al imputado como su jefe directo.

Además, el manoseo reprochado siempre tuvo lugar en el interior del local comercial, durante la jornada de trabajo, incluso en ocasión de estar atendiendo al público.

Aspectos que, sumados a los evidentes conflictos psicológicos derivados para la víctima, permiten incluso señalar lo atendible y no cuestionable que resultó su demora en tomar la decisión de expresar sus vivencias, no sólo en su círculo familiar y de pareja, sino ante los mismos dueños del local y las autoridades judiciales. Todo ello me conduce a rechazar el agravio propuesto por la defensa, ratificando el acierto del

Tribunal al considerar acreditado el elemento subjetivo del delito endilgado al acusado, representando la crítica propuesta en este sentido por la defensa, una mera discrepancia, no pudiendo ser recibida favorable en esta instancia. Aclarado este punto, es posible ahora adentrarnos en las críticas referidas específicamente a la valoración de la prueba.

a- El recurrente cuestiona el valor probatorio asignado por el tribunal de juicio a la declaración de la víctima, resaltando ciertas diferencias entre el contenido de la denuncia y su declaración posterior (fs. 78). Considero que no le asiste razón a la defensa, por cuanto se comparte el análisis propuesto sobre su testimonio en el acto sentencia, en el que se constató el alto grado de credibilidad a partir de ciertos elementos debidamente valorados, a saber: i) la presencia de indicadores de credibilidad sobre sus dichos (resonancia afectiva acorde a sus dichos; persistencia, consistencia y espontaneidad del relato; coherencia interna y externa del testimonio); ii) el análisis de las reacciones de rechazo contra los tocamientos del imputado; y, por último, iii) la corroboración de su testimonio a partir de pruebas convergentes. Repárese que más allá de la genérica crítica efectuada por el recurrente en su escrito, no logra demostrar qué aspectos de sus dichos no resultan ajustado a la realidad de los hechos, o bien que las diferencias apuntadas gozan de la decisividad requerida como para modificar el sentido condenatorio del fallo, deficiencia que conduce a su rechazo en esta instancia casatoria.

b- Sobre las declaraciones testimoniales de los compañeros de trabajo de la denunciante, la defensa cuestiona su omisión de valoración, señalando que se trata de prueba fundamental, que permite constatar la veracidad de los hechos tal y como los expone el imputado. A mi modo de ver, no se advierte omisión de valoración, ni tampoco un análisis parcial o fragmentario de sus testimonios, sino sólo una interpretación diversa a la pretendida por el recurrente, en un sentido que resulte más ajustada a los intereses que representa. Sobre el particular, el a quo resta peso probatorio a sus dichos por considerar que resultan teñidos de parcialidad, tomando en cuenta el vínculo laboral existente no sólo con el imputado, sino principalmente con los dueños del local comercial, quienes en todo momento se inclinaron a creerle sin más a D.G. (v. fundamentos, fs. 264). Debo adelantar que comparto el análisis efectuado, puesto que, más allá de cuál haya sido la intencionalidad perseguida, no puede soslayarse que sus relatos permiten confirmar la hipótesis acusatoria, en tanto corroboran que los actos existieron, en el sentido denunciado. El testigo afirmó haber visto que «M. le pellizcó la cola a L. una sola vez, en el muslo para ser más preciso» (fs. 12 vta.), mientras que N. P. hizo lo propio al declarar que «observé que [D.G.] palmeaba en reiteradas veces a L. con algún elemento sobre el busto [...] en otras ocasiones le pegaba una palmada en la cola » (fs. 13). Con lo cual, este agravio también debe ser descartado, ya que no se condice con las constancias de la causa.

c- Respecto a la omisión de valoración del informe psicológico del imputado, si bien resulta cierto que en los fundamentos del fallo no hay referencia a su contenido, considero que ello no supone un vicio con la entidad necesaria para provocar la nulidad del acto sentencial. De este modo, no se advierte cuál sea la decisividad del mismo, es decir, de qué modo su inclusión mental hipotética altere el razonamiento jurisdiccional en cuanto a la acreditación del hecho y la responsabilidad penal que le cupo al imputado sobre el mismo. Por el contrario, la referida inexistencia de rasgos de personalidad compatibles con el delito acusado a la que hace alusión la defensa, no permite descartar la ejecución de actos de tocamiento intrínsecamente sexuales, de cuyo sentido el acusado tenía pleno conocimiento, ya que conforme surge del mismo informe, el acusado «[...]ha incorporado pautas culturales básicas en relación con el sexo opuesto» (fs. 139), por lo tanto, sabe cuáles son las zonas pudendas de una mujer, y qué efecto repercute sobre ella su contacto físico no consentido. Así lo ha sostenido en forma reiterada este Cuerpo en cuanto

que, para anular una resolución, «La prueba omitida debe ser decisiva; si carece de eficacia la omisión no afecta la motivación. Cuando se afirma que en la motivación deben ser tenidas en cuenta tanto las pruebas favorables como las contrarias a la tesis admitida, se alude a las que son efectivamente eficaces y decisivas para resolver el caso. Cuando se trata de dilucidar si hay omisión de prueba esencial, se debe realizar una operación crítica que consiste en la inclusión mental hipotética de la prueba no producida, o sea que si hubiera sido considerada podría haber hecho variar el sentido de la decisión final» (Conf., L.S. 418-227, 263-129, entre otros). Vinculado a ello, la defensa plantea de manera constante que la orientación sexual del imputado -en tanto sus preferencias se encaminan a personas del mismo sexo- representa un elemento no considerado por el Tribunal y que permite descartar la intencionalidad libidinosa de los tocamientos. Sin embargo, no comparto tal razonamiento, en tanto considero que no es posible analizar la tipicidad de la conducta que se le endilgara al acusado sólo desde la órbita del fin perseguido por el agente -del que, por cierto, sólo se cuenta con su versión, sin más elementos que la corroboren-. Es que, según entiendo, y como ha sido explicado más arriba, la orientación sexual de manera alguna puede subordinar el reproche jurídico penal de comportamientos que claramente atentan contra la libertad sexual de las personas.

De otro modo, debería concluirse que el sujeto pasivo en los delitos de abuso sexual estaría predeterminado por la orientación sexual del autor, lo que resulta inadmisibile. d- Por último, con relación a la controvertida validez del examen psicológico practicado a la víctima (fs. 21), debo resaltar que no se trata de prueba pericial, cuya sustanciación exige, en tanto acto definitivo e irreproducible, y bajo sanción de nulidad, la notificación previa a la defensa (art. 249 del C.P.P.).

Sin embargo, debemos precisar que no nos encontramos ante una pericia en sentido jurídico, sino más bien ante lo que se conoce como un “informe técnico”. Esta diferencia no es menor ya que éstos últimos, además de presentar naturaleza esencialmente descriptiva, no tienen el rigor formal de la pericia, y gozan validez probatoria al ser realizados por profesionales o técnicos en el rubro respecto del cual se expiden -en el caso, la Dra. ..., integrante del Cuerpo Médico y Forense-, con sujeción a procedimientos y mecanismos autorizados en el plano científico. Por lo tanto, no existe ningún vicio en su realización del que pueda colegirse vulneración del derecho de defensa en juicio como lo entiende el recurrente, debiendo rechazarse el agravio expuesto.

B. Acerca de la falta de consentimiento de la víctima

Concretamente, la defensa señala que la sentencia no explica cuándo la denunciante dejó de consentir el contacto físico siendo que resultó demostrado, a su juicio, que en un primer momento lo permitió, destacando que incluso dicha práctica contó con participación activa de su parte. Sin embargo, considero que tal argumento debe ser rechazado por cuanto no se sustenta en las constancias de la causa, es decir, no existe elemento alguno a partir del cual sea posible vislumbrar que existía voluntad de la víctima para la realización de los actos, aún respecto de cierto espacio temporal. Por el contrario, los diversos elementos cuestionados de prueba incorporados a instancias de las partes, son contundentes en confirmar el permanente rechazo de su parte, cada vez que el imputado le tocaba alguna de sus partes íntimas, haciéndoselo saber en forma directa y expresa. Nótese que el tiempo que le demandó tomar la iniciativa de denunciar, no puede ser considerado como consentimiento del abuso. Como se dijo, el Tribunal dedicó un segmento especial de los fundamentos del fallo, (“Análisis de las reacciones de la víctima a las conductas de D.G. ”) para el tratamiento de la cuestión, valorando que las expresiones verbales y corporales de la víctima para demostrar su desprecio y rechazo, las que incluyeron la noticia a los dueños de la óptica, como también a quien era su pareja al tiempo del hecho e, incluso, la concurrencia

a diversos psiquiatras y psicólogos por su estado de salud mental. En esta línea valoró acertadamente el informe psicológico de la denunciante, en el que se precisó la inexistencia de tendencia a la fabulación o mentira, la presencia de indicadores de estrés postraumático y, especialmente «secuelas compatibles con abuso sexual» (fs. 21). Con lo cual, advierto una reedición de la estrategia defensiva, sin alegar argumentos novedosos ni atendibles que permitan modificar los fundamentos del fallo atacado, todo lo cual conduce a su rechazo. C. Adopción de criterios para el análisis de casos de violencia de género La defensa cuestiona que el Tribunal haya interpretado los hechos y valorado la prueba al amparo de la ley 26.485, sin explicación suficiente que permita advertir la existencia de caso de violencia de género. Sin embargo, más allá de ello, advierto que el método de valoración de la prueba utilizado por el sentenciante en el sub-lite, es el que ha sostenido esta Sala en numerosas ocasiones anteriores (L.S. 388- 219), lo que demuestra la inexistencia de arbitrariedad. Tampoco la defensa ha podido demostrar el apartamiento de las reglas que impone el sistema de la sana crítica. Como bien lo ha señalado el a quo, la relación desigual de poder entre la víctima y el imputado no puede ser desconocida ni tachada. La especial posición de superioridad del imputado sobre la víctima, producto del vínculo de dependencia laboral entre ellos, vigente al momento en que sucedieron los hechos que se le atribuyen, aparece como una situación fáctica aprovechada para su comisión. D. Conclusión Con todo lo hasta aquí analizado, tengo para mí que la tarea axiológica de valoración del material probatorio reunido y debidamente incorporado en la causa, es respetuosa del contexto de en que tuvieron lugar los sucesos investigados. Por lo tanto, el fallo condenatorio que resulta su consecuencia necesaria, luce como la síntesis de un proceso de mensuración que acertadamente llevó al tribunal a tener por acreditada la materialidad de los hechos y la responsabilidad que sobre ellos le cabe al acusado; solución precedida de una correcta interpretación y confrontación valorativa entre la prueba de cargo y de descargo reunida, en cuya virtud se le otorgó, acertadamente, un valor preeminente a aquellas en que se sustenta la hipótesis acusatoria por sobre la exculpatoria, no advirtiéndose arbitrariedad en su razonamiento, ni déficit de motivación. En función de las consideraciones expuestas y en opinión concordante con el señor Procurador General de esta Suprema Corte, cabe dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

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

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

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado M. R. D.G. (fs. 283/293).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus fines.

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

6- ZAPATA. 10-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Asc	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=31>

Lex: Art. 119, 4° párrafo inc. b) en función del 3° párrafo y 55 del CP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Concurso real. Unificación de pena. Determinación de la pena. Prohibición de doble valoración.

Summa:

El **TPC N° 1-2° CJ** condenó al señalado a la pena de **once años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y por el vínculo, en tres hechos independientes en concurso real (arts. 119 cuarto párrafo inc. b) en función del tercer párrafo y 55 del Cód. Penal), revocando la condicionalidad de una pena antes impuesta y unificando en la pena única de doce años de prisión.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), aduciendo que la sentencia carece de fundamentación con relación al monto de la pena, por lo que es nula por arbitrariedad.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido, porque no existió en la especie una doble valoración de las circunstancias agravantes del hecho.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 205, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero. 31-12-84: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=ODQxOTkyODE=&tabla=c2>
M=

L.S. 186-427. 41441 - FISCAL ESCUDERO BENITO HOMICIDIO CULPOSO – CASACION.

La sentencia es una unidad lógico-jurídica que no puede escindirse en capítulos o ítems independientes. De allí que los razonamientos fácticos y jurídicos del juzgador deben ser mirados in totum, dado que la ley exige la motivación de la sentencia. Esta es nula por falta de motivación o si la motivación fuere contradictoria (art. 436 inc. 3° C.P.P.); pero no cuando es insuficiente.

Si bien la indagatoria constituye un medio de defensa material, no es menos cierto que también se erige en una fuente de convencimiento cuando el imputado declara; mas aún la confesión es un medio de prueba (nota al art. 299 C.P.P.).

- Cirriñone. 08-04-78: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

L.S. 153-011. 36001 - FISCAL Y ACTOR CIVIL CIRRIÑONE PEDRO DEFRAUDACION – CASACION.

Tanto el conocimiento y la intención en que consiste el dolo, son en definitiva, hechos, aunque de índole psíquica, cuya existencia debe demostrar el Juez o Tribunal penal a fin de establecer la culpabilidad del imputado. Sostener lo contrario, equivaldría a afirmar que el dolo es susceptible de determinarse sólo en función de la manifestación exterior del delito, o sea afirmar el principio de la presunción del dolo. Y esto es imposible porque atentaría contra el principio de la presunción de inocencia de validez constitucional.

- L.S. 354-218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177

b-Doctrina

Ziffer, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, 2° edición, Buenos Aires, 2005, p. 137.

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

(R.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04615449-9/1((028601-115480)). F. C/ ZAPATA OJEDA CESA ALBERTO P/ ABUSO SEXUAL (115480/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104698247*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril del año dos mil diecinueve reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04615449-9/1 caratulada “Fc/ Zapata Ojeda, César Alberto p/ abuso sexual... s/ casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Omar A. Palermo y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa oficial de César Alberto Zapata Ojeda interpone recurso de casación (fs. 303/306) contra la Sentencia N° 205 en tanto condena al nombrado a la pena de once años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y por el vínculo, en tres hechos independientes en concurso real (arts. 119 cuarto párrafo inc. b) en función del tercer párrafo y 55 del Cód. Penal), revoca la condicionalidad de una pena antes impuesta y unifica en la pena única de doce años de prisión, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

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

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 18 de agosto de 2017 a las 09:00 horas aproximadamente, en el domicilio de Perú y Avellaneda de la ciudad de San Rafael, donde vivían el padre y la abuela paterna de la víctima, y mientras la mayor estaba ausente, el imputado le dijo a su hija Martina de 16 años que quería mantener relaciones sexuales con ella y la besó en la boca. Seguidamente le sacó el pantalón y sin su consentimiento la penetró por la vagina, mientras ella gritaba, eyaculando en su abdomen. Luego la amenazó para que no contara lo sucedido porque le iba a hacer algo malo a su madre y hermanos. A las 15:30 horas el mismo día la tomó nuevamente por la fuerza y la accedió carnalmente, amenazándola y ofreciéndole “merca” o dinero a cambio, lo que la menor rechazó.

El sábado 19 de agosto a las 03: horas en el mismo domicilio, el imputado ingresó desnudo en la habitación de la joven, le sacó el pantalón y le tapó la boca para que no gritara, accediéndola nuevamente.

2.- Recurso de casación

Aduce la defensa que la sentencia carece de fundamentación en relación al monto de la pena, por lo que es nula por arbitrariedad.

Relata que las circunstancias que determinaron la calificación del delito no pueden ser valoradas nuevamente para la individualización de la pena, tal como el a quo hizo, indebidamente.

Alega que es injusto cargarle a su pupilo todo el peso y la disfuncionalidad de la relación de familia que entre ellos existía, máxime cuando la situación fue provocada y mantenida también por la víctima.

Refiere que como atenuante sólo se valoró que el imputado convivía con su madre mayor, y no su condición social, educación y demás puntos previstos en el art. 41 Cód. Penal, dándosele preeminencia a los agravantes por sobre los atenuantes.

Pide que se le imponga como penalidad el mínimo legal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque no existió en la especie una doble valoración de las circunstancias agravantes del hecho.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto de autos emerge que el a quo ha considerado para fijar el monto de la penalidad, una serie de aspectos que detalla, en un todo de acuerdo con los artículos 40 y 41 del Cód. Penal, sin incurrir en la doble valoración alegada.

De esta forma, considera como agravante, con estricta sujeción a las constancias de autos, la naturaleza de las acciones, a las que califica de arteras y cobardes, a la luz de la situación de alta vulnerabilidad en la que se encontraba la menor, quien se vio privada de la posibilidad de oponerse a las determinaciones sexuales del denunciado.

Dicho en otras palabras, no es la relación padre-hijo ya valorada en el tipo agravado, lo que sustenta el apartamiento del mínimo de la escala, sino la intensidad de la organización asumida por el ofensor para explotar la vulnerabilidad del bien jurídico tutelado.

En esta dirección se ha expedido la doctrina, estableciendo que «...en muchos supuestos las circunstancias del hecho ya constituyen el fundamento del propio tipo penal. En ese caso, la prohibición de doble valoración impide que esa característica del hecho se tenga en cuenta nuevamente. En cambio, sí es posible –y necesario– tomar en cuenta la intensidad con que esa circunstancia se manifiesta en el hecho. Por ejemplo, sería inadmisibles agravar un robo por haberse empleado violencia contra la víctima, pero sí podría considerarse el grado de violencia utilizado» (Ziffer, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, 2° edición, Buenos Aires, 2005, p. 137).

Así, los abusos sexuales tuvieron lugar cuando la víctima debido a una discusión con su madre, se retiró del domicilio que compartían con los hermanos y se fue a vivir con Zapata, buscando contención.

A esto se suma que eligió para delinquir momentos en los que la joven estaba sola, privándola de «...herramientas como para lograr el mínimo amparo, protección y ni siquiera la detección por parte de otros familiares o personas cercanas» (fundamentos, fs. 295 vta), ya que la abuela paterna –con quien moraba el encausado– se había ido a la casa de un familiar.

Además, el quejoso no señala de qué modo la educación del condenado hubiera permitido atenuarla, resultando por ende acorde a las reglas lógicas, el razonamiento del inferior sobre que su edad -39 años- lo dotaba de madurez para procurarse satisfacción sexual con mujeres mayores en el marco de relaciones consentidas.

En definitiva, la motivación de la penalidad es suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en autos de acuerdo a lo precedentemente desarrollado, no ocurre.

Resta decir que los once años impuestos por los tres abusos sexuales con acceso carnal objeto de estos obrados, han sido válidamente fijados entre los límites previstos en la escala penal, resultando dicha penalidad mucho más cercana a su mínimo -8 años-, que al máximo de 45 años, establecido por la ley penal (arts. 55 y 119 del Cód. Penal).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 303/306 por la defensa oficial de César Alberto Zapata Ojeda.
- 2.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

7- MUR IMPELLIZERI. 10-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcMIG.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55 y 239 del CP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Desobediencia a una orden judicial. Concurso real. Violencia de Género.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** de cumplimiento efectivo.

La **Defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), haciendo hincapié en una “falta de valoración de la prueba y fruto de un juicio escandaloso y con irregularidades” (SIC).

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación no puede prosperar en razón de no haber sido encuadrado correctamente dentro de la imputación valorada en la sentencia.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa a favor del sindicado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7921, pronunciada por Primera Cámara del Crimen -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1Mjl=&tabla=c2M=>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI3MDU=&tabla=c2M=>

En un contexto de violencia de género, resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los **antecedentes de violencia previos** al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el ciclo de violencia. Ello permite explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desestimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia.

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1Mzk=&tabla=c2M=>

Lo que impone la presencia de un supuesto de violencia contra las mujeres es el **particular modo de valoración de cada uno de los elementos probatorios** incorporados a la causa porque una verdadera comprensión de la situación del **ciclo de la violencia** debe derivar necesariamente en la modificación de las tradicionales prácticas obrantes en el sistema judicial y uno de los campos en que se debe plasmar aquella comprensión es en la valoración de la prueba...El contexto de violencia, comprendido como un fenómeno de **múltiples ofensas de gravedad progresiva**, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los tipos penales están configurados como

sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra un determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio **al integral fenómeno pluriofensivo de la violencia** en el particular contexto.

- González, Mauricio Carlos

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181004_FcGCM.pdf

b-CIDH

- Fernández Ortega y otros vs. México

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338

- Rosendo Cantú y Ot. Vs. México

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Doctrina destacada

Di Corleto, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015.

Parágrafos destacados:

«...el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar sin hesitación alguna, que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género. Así, la relación de pareja entre el acusado y su mujer presenta matices que permiten advertir una relación desigual de poder entre ambos, desenvolviéndose desde un largo tiempo a esta parte a partir de una vinculación signada por relaciones de subordinación y sometimiento de esta última en relación al primero»; «Al respecto, el reconocimiento de este tipo de relación disfuncional entre víctima y victimario, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

«... Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales».

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

(N.M.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04344647-3/1((010501-695)) FYQUERELLANTE C/MUR IMPELLIZZERI GUSTAVO MANUEL ADOLFO POR ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL (0695) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104420921*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril de dos mil diecinueve reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04344647-3/1 caratulada “F. Y QUERELLANTE C/MUR IMPELLIZZERI GUSTAVO P/ ABUSO SEXUAL CALIFICADO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de Gustavo Manuel Adolfo Mur Impellizeri interpone recurso de casación (fs. 5521/556 vta.) contra la Sentencia N° 7921 en tanto condena al nombrado a la pena de ocho años como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por acceso carnal en causa P695/17, en concurso real con desobediencia en la causa P-14.664/17 (arts. 119 párrafo tercero, 55 y 239 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por la entonces Primera Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 5 de enero de 2017 a las 17:00 horas aproximadamente, en el domicilio de Urquiza 893 de Villa Nueva, Guaymallén, y mientras la denunciante, esposa del encartado, se encontraba dando de mamar al hijo de ambos, aquél le corrió el pantalón junto con la ropa interior, introdujo su pene en el ano de la mujer, retirando al niño para comenzar a succionarle los pechos.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque se valoró arbitrariamente la prueba y la sentencia fue fruto de un juicio escandaloso, con irregularidades, no valorando las contradicciones en las que incurrieron los testigos. Refiere que la existencia de dos esquimosos en el cuerpo de la denunciante no implican que su pupilo sea responsable del delito que se le endilga, ya que esas lesiones sólo son un indicio y del examen ginecológico surgió que en la región anal y perianal no habían lesiones recientes.

Aduce que se violó la sana crítica racional, ya que el juzgador decidió en base a su íntima convicción, violando el principio in dubio pro reo, sin que se haya producido prueba que avale si las lesiones en las piernas pueden provenir de maniobras que impidan todo tipo de movimientos o reacciones. Agrega que el abuso quedó desacreditado por las afirmaciones de la víctima de fs. 498 y vta., y que el inferior omitió aplicar el art. 2 C.P.P.

Asimismo detalla que del informe psicológico surge que no se observan indicadores compatibles con trastornos psicosexuales en su defendido, y que se refieren a la personalidad de él porque no evaluaron la interacción con su pareja; que el rechazo de las nulidades que planteó viola garantías constitucionales, en especial la interpretación de los arts. 48, 216, 221, 320, 321, 150, 211 y 333 del código formal.

Advierte que el a quo no transcribió afirmaciones esenciales de los testigos, basándose en forma casi exclusiva en la prueba de la investigación penal preparatoria, careciendo de la certeza requerida para condenar.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, entre otros motivos, porque el juzgador encuadró el delito de abuso sexual con acceso carnal en el contexto de la violencia de género, dando razones para ello, a partir del relato de la víctima al que le confirió credibilidad.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Voto preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto he dicho, en términos enteramente aplicables al presente, que «...el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar sin hesitación alguna, que el caso de autos aparece enmarcado dentro de un claro supuesto de violencia de género.

Así, la relación de pareja entre el acusado y su mujer presenta matices que permiten advertir una relación desigual de poder entre ambos, desenvolviéndose desde un largo tiempo a esta parte a partir de una **vinculación signada por relaciones de subordinación y sometimiento** de esta última en relación al primero», acertando el sentenciante cuando al analizar los hechos, desde esta perspectiva contextual.

«Al respecto, el reconocimiento de este tipo de relación disfuncional entre víctima y victimario, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

«Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos.

Caso especial se presentan en la violencia de género, supuestos en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba –caso de autos– no puede prescindir de otorgar **singular relevancia al testimonio de la mujer**».

«En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “**Fernández Ortega y otros. Vs. México**”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “**Rosendo Cantú y otra Vs. México**”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente)».

«El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atenta contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores».

«Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (Corte IDH, Caso **Rosendo Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89). Ello por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva, que se comenten al amparo de la privacidad».

«Con lo cual, cada una de sus expresiones deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa” (expediente cuij 13-04338087-1/1 Fc/**Cruz Caporiccio**, entre otros).

En el caso de autos, el a quo se basó en las pruebas reunidas en el expediente, en especial en la declaración de la víctima, que percibió fiable a la luz de la inmediación propia del debate, y por resultar coincidente con la denuncia formulada. También, porque brindó numerosos detalles sobre la violencia de género que padeció durante mucho tiempo en su relación de pareja, así como del motivo por el que no acudió a la justicia con anterioridad (fundamentos, fs. 512 y vta.), advirtiendo «...cierta reticencia aún a denunciar a su pareja y padre de su hijo» (fundamentos, fs. 523 vta.).

Asimismo, tuvo en cuenta que corroboran su versión, los informes de los expertos debidamente incorporados y los numerosos testimonios que relataron escenas de violencia y desvalorización hacia su persona que presenciaron, así como las marcas de golpes que presentaba con frecuencia y trataba de ocultar, elementos todos que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, derivando lógicamente de ellas la conclusión a la que arriba, no habiendo demostrado el quejoso el apartamiento de dichas reglas, ni la vulneración de garantía alguna.

Por su parte, el recurso representa una discrepancia con el criterio con el que el inferior ha ponderado las probanzas, sin desvirtuar la argumentación que derivó en la condena, resultando por ende insusceptible de conmovir el acto sentencial impugnado, según se ha dicho con antelación (L.S. 400-240, 333-64, entre otros).

Esto ocurre cuando cuestiona el quejoso que las esquimosas constatadas en las piernas de la víctima, sean demostrativas del abuso sufrido, o bien cuando interpreta sin más base que su opinión personal y aisladamente del resto del material probatorio así como del contexto en que ocurrió el abuso sexual objeto de estos obrados, el informe psicológico del encartado de fs. 405 vta.

A esto se suma que todas las circunstancias que esgrime, por ejemplo, que del examen ginecológico de la denunciante no surge lesión anal reciente; que no se haya introducido prueba de experto en artes marciales tendiente a acreditar la idoneidad para impedir movimientos, de la maniobra que el imputado le practicaba en las piernas para inmovilizarla y producirle las esquimosas mencionadas; las presuntas contradicciones de algunos testigos –que no individualiza, como era su deber–, no revisten decisividad para modificar la decisión adoptada, frente al contundente cuadro cargoso, que converge sin dudas en la responsabilidad penal de su defendido.

A mayor abundamiento, de la revisión efectuada emerge que la motivación de la sentencia es suficiente para el mantenimiento del dictum como acto procesal válido, puesto que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397- 177), **extremo que permite desechar de plano que éste constituya un supuesto subsumible en el art. 2 C.P.P.**

En esta dirección me he expedido, sosteniendo que ello no es posible cuando la fundamentación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación

del mismo, por parte del tribunal (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388- 062), aspectos que se ha verificado que confluyen en el sub-lite, restando consignar que los artículos del código formal que el censurante cita como erróneamente interpretados son ajenos a estos obrados (recurso, fs. 555 vta). Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Mur Impellizzeri.

En especial, comparto los conceptos vertidos en torno a las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de valorar hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género. De este modo, y tal como lo refiere el ministro preopinante, la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres.

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in re **“Galdeano Reyes”**, que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (Fc/**Galdeano Reyes, Juan José**). Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este sentido, in re **“Ontiveros Arancibia”** sostuve que «[...] que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales» **(Fc/ Ontiveros Arancibia p/ homicidio agravado)**.

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática cumpliendo, de este modo, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho que tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

De este modo, el juez de sentencia además de valorar el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, valoró como elementos de juicio que corroboran la versión de los hechos brindada por Lorena Díaz, los informes del CAI, del EPI, de la Dirección de la Mujer, las testimoniales brindadas por las psicólogas particulares de Díaz -quienes declararon al ser relevadas del secreto profesional-, y las distintas declaraciones testimoniales brindadas en audiencia de debate. Ello así, en tanto coinciden en sostener la relación asimétrica entre ambas partes y los reiterados comportamientos de violencia, no solo de orden psico-físico, sino también sexual y económico, que padecía la víctima en forma previa al evento que finalmente fue puesto en conocimiento de las autoridades.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios, omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima.

En otro orden de ideas, estimo que resulta oportuno y necesario abordar el impacto que los estereotipos de género tienen en el ámbito del abuso sexual.

Así, la defensa considera como un elemento desincriminante relevante en orden a considerar que el hecho fue consentido por Lorena Díaz, el que –según entiende– no fue debidamente ponderado por el a quo, el informe psicológico realizado al imputado, de donde se desprende que Mur Impellizzeri no presenta indicadores compatibles con trastornos psicosexuales.

Entiendo que –tal como surge de la sentencia cuestionada– el a quo analizó debidamente los extremos apuntados por la defensa, al considerar en primer orden, que para analizar el consentimiento de la víctima resulta necesario ponderar el particular contexto de violencia en que tenían lugar las relaciones sexuales. En segundo orden, y al merituar el examen psicológico de Mur Impellizzeri, consideró en base a lo informado por el referido informe, que «[...] las características de personalidad pueden manifestarse en todas las áreas donde esté incluido, no excluyéndose el ámbito de la pareja» (fundamentos de fs. 525 vta.).

Entiendo que amén del análisis efectuado por el sentenciante –al cual adhiero en su totalidad–, resulta necesario analizar los distintos estereotipos de género que influyen en la determinación y asignación de

roles para las personas que integramos esta sociedad, y que tiene un impacto de especial gravedad cuando nos encontramos en el ámbito de la violencia sexual.

Así, y tal como señalé en el **precedente “González”**, entre los mitos que contribuyen a la creación del prototipo de agresor, se encuentra la creencia que el delito de abuso solo es cometido por extraños, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por un conocido genera menos daño que si fuera cometido por un extraño (**“Fc/González, Mauricio”**).

Expresamente referí en cuanto al prototipo de agresor, al que hace especialmente referencia el recurrente, que «Al respecto, critica con razón Di Corleto, al referirse al mito que indica que los perpetradores de abusos presentan algún tipo de enfermedad mental, que “...En los procesos seguidos por violencia sexual generalmente se ordena un examen médico para determinar que los imputados presentan algún rasgo de desviación o perversión sexual, no solo para establecer el grado de responsabilidad, sino también como un dato relevante para la comprobación del delito». Finalmente, no puedo dejar de señalar de qué manera estas dificultades hicieron mella en el presente caso, y definieron la forma en que tomaron sus decisiones los magistrados en los primeros momentos de la investigación, más precisamente, al momento de tener que determinar la procedencia de la prisión preventiva en contra del imputado Mur Impellizzeri.

Así, se advierte que a lo largo del proceso la titular de la acción pública sostuvo su postura en cuanto a la necesidad del dictado de la referida medida de coerción personal para el imputado, en los términos de los artículos **293 inc.3 letras b y c del C.P.P.**, es decir, por entender que existían elementos de convicción suficientes para considerar acreditado el hecho que se le endilga al imputado y, en términos de riesgo procesal, por inferir no sólo que existía peligro de fuga por la expectativa de condena en efectivo sino, principalmente, por el riesgo que tenía la víctima de ser agredida o influenciada por el imputado.

Ello, considerando que el imputado había incumplido con la prohibición de acercamiento impuesta por el Juzgado de Familia y los distintos informes psicológicos que daban cuenta que Lorena Díaz se encontraba inmersa en un contexto de violencia de género.

En este punto, me interesa destacar que en tal oportunidad, la titular del Tercer Juzgado de Garantías consideró, entre otros argumentos, que «[...] se presentan severas dudas respecto de la existencia del hecho denunciado e investigado en estas actuaciones[...] hay una orfandad probatoria para el estadio procesal en el que transita la investigación, y ninguna de las pruebas mencionadas por el Sr. Ayudante Fiscal confirman el abuso sexual. Ni las pruebas objetivas como es el examen ginecológico de fs. 65, ni los informes psíquicos agregados en autos».

Concluyó la magistrada merituando que «[...] resulta difícil de creer que un abuso sexual tenga lugar en las circunstancias detalladas por la víctima y que una mujer con formación universitaria permanezca durante años conviviendo con un hombre que la denigra y la somete sexualmente» (v. resolución de fs. 195/197).

Pues bien, afirmaciones como la transcripta ponen en evidencia cuan profundo calan en la administración de justicia los prejuicios estereotipados en torno a este sector vulnerable de la población; y, más grave aún, desconocen los riesgos y las violencias estructurales a la que las mujeres se encuentran expuestas. Pero fundamentalmente, el peligro de la adopción de tales posturas es que pueden derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (**Informe CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.Doc.68, 20 de enero 2007**).

Situación que, conforme ya sostuve, resultan contrarias al mandato del Derecho Internacional y son lesivas de las pautas de igualdad y no discriminación en el acceso a la Justicia.

Con razón sostiene Julieta Di Corleto que «[l]as decisiones de los órganos jurisdiccionales son un buen reflejo de los valores de la sociedad a la que pertenecen. La forma en la que los jueces argumentan en sus resoluciones no solo tiene trascendencia en la respuesta al conflicto individual, sino que también permite aprehender las miradas de la justicia sobre las condiciones que generan exclusión política, económica y social[...]» **(Di Corleto, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 1).**

Como corolario de lo expuesto, entiendo que la comprensión del fenómeno de violencia de género, no puede ser desconocido por quien tiene a su cargo la importante tarea de ejercer la jurisdicción. Es por ello que, tal como adelantara, esta observación tiene por objeto poner de manifiesto de qué manera las instituciones judiciales reproducen con frecuencia estos patrones socioculturales en sus actuaciones, y el correlativo deber como autoridad suprema de la estructura judicial provincial de erradicar toda posible influencia de este tipo de prejuicios cuando se deba juzgar a personas que pertenezcan a los distintos colectivos vulnerables de personas. ASÍ VOTO.

Voto del Dr. Valerio. Voto preopinante.

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

Voto Dres. Palermo y Adaro. Adhieren al voto preopinante.

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

Voto del Dr. Valerio. Voto preopinante.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Miguel Andrés Ramos en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

Voto Dres. Palermo y Adaro. Adhieren al voto preopinante.

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

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 551/556 vta. por la defensa de Gustavo Manuel Adolfo Mur Impellizeri.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Miguel Andrés Ramos en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

8- CORTEZ. 18-03-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=33>

Lex: Art. 119 del CP

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Arma blanca. Arma de fuego. Robo agravado. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** de cumplimiento efectivo por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma blanca.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido por la defensa del imputado.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso impetrado y remitir la sentencia, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 49, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Parágrafo destacado:

(...) Como puede observarse, el tribunal no sólo tuvo en miras la prueba señalada por la defensa, sino que expresó de manera clara en qué medida tenía peso convictivo. Contra estas razones, la defensa no ha otorgado mayores argumentos para explicar de qué manera el tribunal ha obviado información sensible presente en dicho elemento probatorio, o de qué modo el informe del CMF explicaba una hipótesis distinta de la acusatoria, capaz de generar un estado de duda favorable al acusado (...).

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

(N.M.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04382333-1/1((038601-1514)). FC/CORTEZ RUBEN MARCELO P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO REAL CON ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA BLANCA (1514) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104460694*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04382333-1/1 caratulados “F. c/ Cortez Rubén Marcelo p/abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma blanca p/recurso de casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, el Dr. Omar A. Palermo, segundo, el Dr. José V. Valerio y tercero, el Dr. Mario D. Adaro.

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

La defensa oficial interpone recurso de casación (fs. 327/328) contra la Sentencia N° 49 y sus fundamentos (fs. 325), dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de 8 años de prisión, costas y accesorias legales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma en concurso real con robo agravado por el uso de arma blanca, delitos que se le atribuyeran en el marco de los autos N° P-1514/17.

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

Primera: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

I.- Resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial tuvo por acreditado el hecho objeto de los autos N° P-1514/17, esto es, que «[e]l día 1 de enero de 2017, siendo aproximadamente las 15.00 horas, la víctima [R.G.] se encontraba trabajando en el Hotel “Para 2”, sito en calle Guillermo Cano s/n de la ciudad de Rivadavia; y en momentos en que concurrió a una de las habitaciones del mencionado hotel, fue abordado por RUBÉN MARCELO CORTEZ SILVESTRE, quien le exhibió un cuchillo con mango de color rojo de aproximadamente treinta centímetro de largo, con el cual inmovilizó a la víctima contra una de las paredes de la habitación y la golpeó en diversas partes de su cuerpo. Seguidamente, [el acusado] asestó con el mencionado cuchillo reiterados cortes en la pared, junto a la cabeza de la víctima, al tiempo

en que le manifestó “putito no tengas miedo, dame todas las cosas, sino las va a pagar Santino, la Priscila y el Nicolás, Carlitos y la Sandra” y “yo sé como es tu movida, sé donde vivís, en la parte de las máquinas y sé que tienen cámaras y sé la movida que hacen en la iglesia”.

Acto seguido, [el acusado], mediante amenazas y golpes, obligó a la víctima a quitarse la ropa, tras lo cual lo empujó sobre la cama, momento en que hundió el referido cuchillo en el colchón de la cama, luego [el acusado] se desvistió y forcejeó con la víctima, tras lo cual le introdujo su pene en el ano [...], a la par que le manifestó: “quedate quietito, sino le voy a hacer lo mismo a las Garro”, haciendo referencia a unas amigas de la víctima. Luego, [...] llevó a la víctima hasta la cocina del lugar, de donde sustrajo una riñonera de tela de color negro con la suma aproximada de ochocientos pesos (\$800) en su interior, y agarró un bolso de tela vegetal de color verde oscuro de la víctima, en el cual introdujo una botella grande de Gancia, cinco botellas chicas de Coca Cola, seis botellas tipo souvenir de Fernet, dos paquetes de seis latas de cerveza marca Schneider y una caja de preservativos, y le exigió a la víctima, la entrega de sus teléfonos celulares, apoderándose de un celular marca Samsung Galaxy Grand Neo Plus color gris con funda de colores negro y blanco, un celular marca Nokia de color negro con pantalla táctil y funda del mismo color, ambos con sus respectivos cargadores y la suma aproximada de trescientos pesos (\$300) en efectivo, tras lo cual se dio a la fuga, llevándose consigo los referidos objetos» (ver requerimiento de citación a juicio de fs. 213/219).

Para decidir de esa manera, el tribunal de sentencia resaltó las partes relevantes de la versión de la víctima, R.G., repasó el análisis de la prueba formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en sus alegatos y entendió que la prueba producida en la audiencia de debate mostraba a la hipótesis acusatoria como la más verosímil (ver soporte de audio del día 01/06/2018, a partir del minuto 32:10).

En este sentido, por un lado, repasó el contenido de las inspecciones oculares realizadas por personal policial (obrantes a fs. 43 y fs. 137/142), las fotografías obtenidas en el lugar del hecho (obrante a fs. 44/45), y el examen psíquico practicado a la víctima y su ampliación (obrantes a fs. 107 y fs. 200), y sostuvo que todos estos elementos se correspondían con la declaración de la víctima (ver soporte de audio del día 01/06/2018, a partir del minuto 34:50).

Por otro lado, el tribunal dedicó varios argumentos para explicar porqué la hipótesis de la defensa y los elementos probatorios de descargo producidos no tenían entidad suficiente para prosperar en la decisión del caso (ver soporte de audio del día 01/06/2018, a partir del minuto 42:20).

II.- Recurso de casación de la defensa

La defensa impugna la resolución antes individualizada por entender que contiene vicios in procedendo (art. 474, inciso 2 del C.P.P.); en concreto, por considerar que la sentencia es insuficiente y contradictoria en su fundamentación.

Explica que el tribunal ignoró elementos de prueba que considera unívocos y concordantes en un sentido desincriminatorio y, en este sentido, formula diversos puntos de agravio.

En primer lugar, indica que el examen médico obrante a fs. 160 de autos es concluyente cuando indica que en la superficie corporal de la persona examinada se observaron escoriaciones lineales, y en la región “genito anal” no se observaron elementos objetivos atribuibles al hecho que se investiga.

Respecto de las escoriaciones, la defensa entiende que puede tratarse de rasguños que obedecieron a otro suceso porque no se compadecen con el hecho investigado en la causa. Por lo demás, explica que la experiencia y el sentido común enseñan que, en casos de abusos sexuales, lo primero que se detecta en las víctimas son lesiones físicas en la zona genital, lo que no sucede en este caso.

Con lo anterior, señala que la prueba científica genera una duda razonable respecto de la agresión sexual imputada al acusado.

En segundo lugar, la parte recurrente otorga precisiones sobre la pericia obrante a fs. 26/29, realizada sobre las prendas de vestir de R.G. Explica que las mismas fueron secuestradas a pocas horas de haberse cometido el supuesto hecho de abuso y que en ellas no se encontraron restos de semen. También indica que el resultado fue negativo tras analizarse la ropa incautada al imputado Cortez.

De este modo, señala que el tribunal de sentencia ha vulnerado las reglas de la sana crítica racional puesto que, a pesar de que las pericias no arrojaron indicios certeros sobre la perpetración del abuso sexual, se alejó de la evidencia científica y se basó tan solo en los dichos de la presunta víctima para llegar a una condena.

Por último, en tercer lugar, la defensa apoya su crítica en otras consideraciones sobre la prueba rendida en el juicio.

En este marco, explica que las inspecciones oculares practicadas en la habitación de hotel, sindicada por el denunciante como el escenario de los hechos, arrojaron indicadores de una pelea, pero no de un ataque sexual.

Afirma que la autoría del acusado también se encuentra en duda al analizar el producto de los allanamientos producidos en la causa, puesto que en ninguno de ellos se hallaron los elementos que, según el denunciante, le habían sido sustraídos por Cortez.

Finalmente, analiza las conclusiones del examen psíquico realizado al denunciante y sostiene que la presunta víctima no presenta indicadores de impacto emocional, lo que debilita la hipótesis acusatoria puesto que, de haber existido un ataque sexual, el personal que examinó a R.G. debió advertir algún indicador.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso presentado por la defensa del acusado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Advierte que la estrategia de la parte recurrente consiste en criticar las conclusiones del tribunal de sentencia, en virtud de una postura tendiente en deslegitimar la declaración de la víctima y en una nueva valoración de los elementos de prueba rendidos en el debate.

Explica que el tribunal a quo examinó la declaración de R.G. y resaltó que fue rica en detalles y que estuvo apoyada en su pericia psicológica, elemento que arrojó indicadores de credibilidad y ausencia de indicios de fabulación o de interés en la tergiversación de los hechos.

En este sentido, además, resalta la labor del tribunal de sentencia al corroborar cada extremo de la declaración de la víctima con otros elementos recolectados en la causa.

Así, apunta que los daños constatados en la habitación de la víctima (daños punzo cortantes en la pared y el colchón, forzamiento de la cerradura de la puerta, astillamiento del marco y otros daños en la pared) se condicen con lo dicho respecto de la forma en que el acusado ejerció violencia.

Alude que la Licenciada Sánchez explicó, que la circunstancia de que R.G. no haya demostrado indicadores de repercusión emocional en el examen psicológico se debe a que ya había experimentado abusos anteriores, y que esto no significaba que la víctima estuviese faltando a la verdad.

Reproduce los argumentos del tribunal respecto de las prendas de vestir peritadas y explica que, el hecho de no haberse hallado manchas sospechosas se debió a que la pericia fue realizada varios días después y a que, según la víctima, el agresor no llegó a eyacular.

Respecto de las “escoriaciones lineales” halladas tras examinar físicamente a la víctima, el Procurador General entiende que se corresponden con el testimonio de la víctima. Refiere que la falta de rastros en la región anal, se condice con los dichos del denunciante al aclarar que opuso resistencia al ataque, provocando así una “penetración defectuosa”.

Reedita la premisa del tribunal que indica que no existen elementos de prueba que ilustren una hipótesis distinta a la acusatoria y explica que la ausencia de resultados positivos en los allanamientos no logra desvirtuar lo dicho, puesto que el acusado tuvo varios días para deshacerse de los elementos sustraídos.

Concluye al señalar que la sentencia criticada ha cotejado la declaración de la víctima con el resto del plexo probatorio incorporado, lo que le ha permitido de manera válida arribar a la certeza necesaria para dictar una sentencia condenatoria.

IV.- Solución del caso

Voto del Dr. Palermo. Adhiere.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la defensa de Rubén Cortez, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

De modo preliminar, destaco que el análisis del soporte audio visual acompañado a la causa, en el que constan tanto los alegatos de las partes como los argumentos del tribunal al fundar la decisión condenatoria, demuestra que todos los puntos de crítica invocados por el recurrente ya fueron tratados en la audiencia de debate y son reeditados en esta instancia sin otros argumentos que pongan en duda la solución propiciada por el tribunal a quo.

A fin de fundar esta idea, a continuación destacaré los fundamentos del tribunal -y otros aspectos de la causa- que refutan cada una de las premisas de la defensa, con expresa indicación del momento en el que fueron abordadas en la audiencia de debate.

El primer punto de agravio, mediante el que se indica que el tribunal ignoró las conclusiones del examen practicado sobre el cuerpo de R.G., no se condice con lo ocurrido en la audiencia de juicio, toda vez que el a quo dio adecuadas razones para explicar de qué modo dicho elemento de prueba se condecía con el relato de la víctima.

En efecto, el tribunal de sentencia se detuvo en el alegato defensivo que replica el punto de agravio referido y explicó cómo las escoriaciones descriptas en el informe del Cuerpo Médico Forense (CMF) armonizaban con el relato de la víctima (ver fs. 160). Asimismo, puntualmente para la conclusión acerca de que en la región “genito anal” no se observaron elementos atribuibles al caso que se investigaba, explicó que ello debía ser interpretado a partir de los dichos de la víctima, cuando relató que la penetración fue defectuosa en virtud de la resistencia que ejerció (ver soporte audio visual acompañado -correspondiente con el día 01/06/2018-, a partir del minuto 45:55).

Como puede observarse, el tribunal no sólo tuvo en miras la prueba señalada por la defensa, sino que expresó de manera clara en qué medida tenía peso convictivo. Contra estas razones, la defensa no ha otorgado mayores argumentos para explicar de qué manera el tribunal ha obviado información sensible presente en dicho elemento probatorio, o de qué modo el informe del CMF explicaba una hipótesis distinta de la acusatoria, capaz de generar un estado de duda favorable al acusado.

Por estos motivos, debe rechazarse el punto de agravio.

El agravio siguiente, que indica que las pericias practicadas sobre la ropa del denunciante y el acusado han sido valoradas en detrimento de las reglas de la sana crítica racional, tampoco puede prosperar. Ello, por las siguientes razones.

Por un lado, debe recordarse que esta idea también fue refutada por el tribunal de sentencia de manera suficiente. Precisamente, el soporte audio visual permite advertir que el a quo evaluó la pericia practicada sobre la vestimenta del imputado. Al respecto destacó que su resultado no podía aportar credibilidad a la hipótesis de la defensa, en tanto que fue realizada el día 18 de enero de 2017, es decir, 17 días después del hecho (ver soporte audio visual acompañado -correspondiente con el día 01/06/2018-, a partir del minuto 43:50).

Por otro lado, entiendo que no puede soslayarse que, de acuerdo con la declaración del denunciante, el agresor no llegó a eyacular, siendo este otro extremo que debe tenerse en cuenta para evaluar el peso convictivo de dichas medidas de prueba (ver denuncia incorporada, obrante a fs. 5/8). Dicho en pocas palabras, el hecho de que las pericias realizadas sobre la vestimenta de los involucrados en el hecho no haya arrojado resultados positivos, no puede constituir un elemento eficaz de descargo capaz de desvincular al acusado, puesto que, según lo sostuvo la víctima, su agresor no eyaculó.

Los puntos de agravio siguientes, mediante los que se controvierte la valoración de las inspecciones oculares realizadas en el lugar de los hechos, así como los cuestionamientos en relación al resultado de los allanamientos realizados en los domicilios vinculados al acusado y en relación al examen psicológico de la víctima, también deben ser descartados puesto que, como se anticipara, implican la reedición de argumentos adecuadamente desvirtuados por el tribunal de sentencia.

Así, la crítica que sostiene que los daños provocados en la habitación del hotel se compadecen más con una pelea que con un abuso sexual, es un cuestionamiento que obvia la declaración de la víctima y la plataforma fijada por el órgano acusador.

Precisamente, estos últimos refieren a la violencia ejercida por el acusado mediante el uso de un arma blanca, y este extremo fue corroborado por el tribunal cuando destacó que los daños relatados por R.G. y descriptos en la acusación coincidían diametralmente con las inspecciones oculares y fotografías incorporadas, de fs. 43, fs. 44/45 y fs. 137/142 (ver soporte audio visual acompañado –correspondiente con el día 01/06/2018–, a partir del minuto 35:00).

Esta línea argumental del tribunal de sentencia no ha sido suficientemente rebatida por el letrado recurrente, razón por la que su crítica no puede ser recibida.

A su vez, la queja acerca de la valoración de los informes psicológicos de R.G. también debe ser desestimada, en tanto que implica la reedición de una crítica ya ensayada y adecuadamente contestada por el tribunal de sentencia.

En efecto, según destacó el a quo, la ausencia de indicadores de repercusión emocional en la víctima - constatada en los exámenes psíquicos practicados por el CMF de fs. 107 y fs. 200- fue explicada en audiencia por la perito Mussé de Sánchez, quien sostuvo que la ausencia de dichos indicadores se debía a que R.G. había sufrido abusos sexuales anteriores, y que ello no significaba que el entrevistado estuviese faltando a la verdad (ver soporte audio visual acompañado –correspondiente con el día 01/06/2018–, a partir del minuto 41:18).

Finalmente, respecto del punto que indica que la autoría del acusado se encuentra en duda, en virtud de los resultados negativos de los allanamientos practicados en la causa, debe destacarse lo dicho por el tribunal de sentencia en la audiencia oral.

En este aspecto, tras señalar que no existían elementos de prueba que explicaran una hipótesis distinta a la acusatoria (como una relación sexual consentida) y tras haber detallado todos los indicadores de

credibilidad presentes en el testimonio de la víctima, el tribunal a quo expresó que los allanamientos infructuosos no eran capaces de desincriminar al acusado, puesto que el hecho de no haber hallado los elementos sustraídos podía explicarse con otras hipótesis -como la venta de los mismos- (ver soporte audio visual acompañado –correspondiente con el día 01/06/2018–, a partir del minuto 48:45).

En conclusión, como se ha demostrado, la sentencia criticada no contiene vicios de fundamentación capaces de convertirla en un acto jurisdiccional inválido. Cada uno de los agravios invocados por la parte recurrente redundan en la reedición de los alegatos que ya había ensayado en la instancia de debate, que fueron debidamente analizados por el tribunal de juicio y que no pueden explicar de qué modo la sentencia se estructura sobre premisas irracionales.

Por las razones expuestas precedentemente, entonces, entiendo que el recurso de casación incoado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 49, proveniente del Primer Tribunal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto de los Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 327/328 por las defensas de Rubén Marcelo Cortez.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

9- GONZALEZ. 02-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv EG	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190502_FcGRJA.pdf

Lex: Arts. 119, 2º párrafo, en función 4º párrafo incs. b y f; art. 92 en función del arts. 89 y 80 incs. 1º y 11º, art. 89 y art. 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia preexistente. Lesiones leves dolosas agravadas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al acusado a la pena de **nueve años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente, lesiones leves agravadas por el vínculo y por la violencia de género, y lesiones leves dolosas; todos los cuales, concurren realmente (arts.119 párrafo segundo en función del cuarto párrafo incs. b y f; art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1º y 11º, art. 89 y art. 55; todos del C.P.).

La parte **querellante** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) en tanto absolvió al acusado del delito de promoción a la corrupción de menores agravada por el vínculo (art. 119 primer párrafo y art. 125 del C.P.).

La **defensa** del acusado interpone recurso de casación (art. 474 inc. 1 y 2 CPP). En cuanto a los vicios in procedendo, sostuvo que la sentencia es arbitraria, parcial e ilógica con relación a la prueba incorporada. En cuanto a los vicios in iudicando, sostuvo que la sentencia contiene una errónea adecuación típica de los hechos debido a una errónea valoración de la prueba recolectada.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial los recursos promovidos.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar a los recursos de casación interpuestos, tanto por la querrela particular como por la defensa del acusado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 30, pronunciada por el TPC N° 1- 2º CJ.

Doctrina citada:

MAIER Julio B. J., Derecho procesal penal Parte General. Actos procesales, 1ª edición, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, Tomo III, págs. 157/160).

Precedentes relacionados:

- I- Encargado de la Guarda.
- Vedia Carmona. 11-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=837>
- Olmedo Arrieta. 12-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=902>
- Almonacid Vallejos. 26-09-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220926_FcAVA.pdf
- Ver «Teves Lucero», «Italiani», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Ojeda Pérez», «Brancello», «Ortega Ragonesi», «Biscontín», «Tobares, Zurita», «Gómez Ayala» y «Montenegro Fisigaro», Ver «González Pringles», «Concha, Jesús», «Garrido Olivares», «Paz Parra», y más recientemente, «Vargas Riquelmes», «González Sosa» y «Scifo Ruffini», «Agüero Pérez, entre otro. Ver«Mejía Salvador», «Di Césare», «Zurita», «Reyes Cortelezzi», entre otros.

Párrafos destacados:

“[L]a prueba pericial no resulta vinculante para el tribunal de juicio, sino un elemento de prueba más que puede o no ser recibido para fortalecer el conocimiento sobre algún aspecto desconocido. Conforme con ello, lo que sí es dable exigir al magistrado encargado de juzgar sobre el mérito de un informe pericial, es una explicación racional sobre las razones que lo llevaron a apartarse de las conclusiones aportadas por el perito interviniente”.

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

(E.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04393157-6/1((028601-147360)) F. C/ GONZALEZ RODRIGUEZ JOSE A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (147360/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104472156*

En Mendoza, a los dos días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04393157-6/1 "F. C/ G. R. J. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL P/RECURSO DE CASACIÓN".

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

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

La parte querellante interpone recurso de casación (fs. 1332/1340) contra la Sentencia N° 30 y sus fundamentos (fs. 598 y fs. 1279/1297, respectivamente), dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en tanto absolvió al acusado del delito de promoción a la corrupción de menores agravada por el vínculo, delito que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-147.360/17 (art. 119 primer párrafo y art. 125 del C.P.).

Asimismo, la defensa del acusado interpone recurso de casación (fs. 1343/1382) contra dicha sentencia y sus fundamentos, en tanto condenó al acusado a la pena de nueve años de prisión más costas y accesorias legales por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente (hecho acusado en el marco de los autos N° P-147.360/17), lesiones leves agravadas por el vínculo y por la violencia de género, y lesiones leves dolosas (hechos intimados en el marco de los autos N° 147.403/17); todos los cuales, concurrieron realmente (arts.119 párrafo segundo en función del cuarto párrafo incs. b y f; art. 92 en función de los arts. 89 y 80 incs. 1° y 11°, art. 89 y art. 55; todos del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- Resolución recurrida

La sentencia mencionada, por un lado, tuvo por acreditados diversos hechos que formaran parte del objeto procesal discutido en los autos N° P- 147.403/17 y 147.360/17.

En lo relativo al primero de ellos, consideró que se encontraban acreditadas las lesiones leves agravadas por el vínculo y por la violencia de género y lesiones leves dolosas, que formaron parte de la plataforma acusada. Al respecto, el tribunal consideró probado que «[e]n fecha .././2017, siendo las ... horas aproximadamente, [J.G.R] comenzó a discutir con [M.A.B.], en el interior de la vivienda ubicada en ..., para seguidamente doblarle la mano derecha y el brazo derecho, ocasionándole un "hematoma en el antebrazo derecho y dolor en el omóplato derecho", conforme surge del examen médico (fs. 276).

Seguidamente, [M.A.B.] le contó a A. D. que [J.G.R], con quien convivía desde hacía siete años y con el cual tenía dos hijos [...], la había golpeado, produciéndose en el interior de la vivienda antes referida una

discusión con el imputado, expresándole D. al imputado “andate por favor, no me toques a un hijo más”, procediendo [el acusado] a propinarle un puntapié que impactó en la pierna izquierda, que le provocó un “hematoma de 10 cm. en cara externa de muslo izquierdo”, conforme surge del examen médico realizado el día .././2017 [...]» (ver fundamentos, fs. 1284 y vta.).

Para decidir de esta manera el a quo evaluó la compatibilidad de las declaraciones de M.A.B. y su madre, A. D., con los exámenes médicos efectuados por el Cuerpo Médico Forense el día .././2017 (fs. 273, 274 y 276), así como el propio reconocimiento de los hechos por parte del imputado (ver fundamentos, fs. 1283 y vta.).

En lo que respecta a los segundos autos mencionados, el tribunal consideró que se encontraba acreditado que «[e]ntre los meses de marzo del año 2016 y agosto de 2017, [J.G.R], en un horario comprendido aproximadamente entre las 15.00 a las 17 horas algunas veces, mientras que otras entre las 13.30 a las 17.00 horas, realizó algunos actos de abuso sexual respecto de la hija de su pareja, [M.A.B.], en el interior de la vivienda ubicada en Así en una oportunidad el imputado le sacó el pantalón corto y la bombacha, encontrándose el imputado desnudo. Luego le agarró las dos manos, sujetándolas atrás para que no se moviera, para seguidamente comenzar a “masturbarse” delante de ella. En otra oportunidad el imputado obligó a [M.A.B.] a [masturbar] al imputado, expresándole que si no lo hacía [...] él le iba a pegar a ella y a su mamá. En otras ocasiones el imputado le pasó el órgano viril por la zona anal de [M.A.B.], sin llegar a penetrarla.

También las acciones consistieron en “obligarla a que le chupara el pene”. Estos hechos ocurrieron a la salida de la escuela, en circunstancias en que la progenitora de [M.A.B.] se encontraba en el trabajo y con una frecuencia de entre dos y tres veces por semana».

Para tener por corroborados dichos extremos fácticos, el tribunal de sentencia valoró la declaración de M.A.B. y la contrastó con el testimonio de su madre, A. D., así como con las declaraciones de los profesionales de la institución educativa a la que la niña asistía al momento de los hechos (A. L., M. C. V., C. M. y C. U.).

Asimismo, tuvo en miras los informes elaborados por los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y del Cuerpo Médico Forense que asistieron a M.A.B., la declaración del perito de parte E. F. y el examen psicológico del imputado (ver fundamentos, fs. 1288/1291).

Por otro lado, la sentencia de mención consideró que no existían elementos de prueba suficientes para condenar a [J.G.R] por el delito de promoción a la corrupción de menores agravado por el vínculo, hecho acusado en el marco de los autos N° P-147.360/17, razón por la que correspondía dictar su absolución. En este punto, el tribunal sostuvo que, «si bien resulta posible condenar a una persona acusada de abuso sexual, en los supuestos de declaración del niño que afirma un hecho contra declaración del imputado que lo niega, teniendo en cuenta que en general se trata de hechos que ocurren en la intimidad y al margen de la vista de terceros [...], lo cierto es que [en este caso] no resulta ello posible por cuanto existe prueba de descargo que apoya la versión del imputado que niega el hecho [...]». En este sentido el a quo aclaró, que J.J.G. aportó detalles muy limitados y repetitivos, lo que permitía dudar sobre la verosimilitud de la declaración, y que los mismos detalles fueron repetidos por las personas mayores del entorno familiar e incluso por la psicóloga que lo atendía, circunstancia frente a la cual se podía entender que el niño pudo estar sugestionado (ver fundamentos, fs. 1285/1286).

Además, al analizar la credibilidad del relato de J.J.G., el tribunal de sentencia dijo que resulta contrario a la lógica y la experiencia común que el niño haya recordado sólo una escena, o que el acusado le mostrara

sólo una escena, cuando, según el testimonio de la Lic. S., el niño habría dicho que el hecho se repitió en varias veces en un lapso de tiempo de varios días o meses (ver fundamentos, fs. 1286 vta.).

Finalmente, indicó que si no se pudo acreditarse con certeza la existencia de actos de tocamiento sobre zonas pudendas del niño por parte del acusado, ni tampoco pudo acreditarse que este haya obligado a aquél a observar películas pornográficas, menos aún podía afirmarse la presencia del delito de promoción a la corrupción de menores, «que, como enseña la doctrina, se trata de un delito subsidiario y residual que exige la configuración de alguno de los delitos contra la integridad sexual» (ver fundamentos fs. 1286 vta. y fs. 1287).

II.- Recurso de casación de la querrela

La parte querellante impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando e in procedendo. Preliminarmente, señala que las conclusiones a las que arriba el tribunal de sentencia son contrarias a las reglas de la sana crítica racional.

En concreto, indica que la sentencia ha seguido caminos ilógicos para fundar el estado de duda bajo el cual se absolvió al acusado.

Critica que el a quo haya afirmado que dicho delito exige, para su configuración, la existencia de algún delito contra la integridad sexual, y realiza precisiones doctrinarias. Analiza los aspectos de la plataforma fáctica que, según su juicio, quedaron acreditados y no fueron controvertidos, y explica porqué los elementos de cargo son suficientes para condenar al acusado por el delito de promoción a la corrupción de menores agravado por el vínculo.

En este sentido, indica que ha quedado probado que el acusado es el progenitor de J.J.G., que se encargaba de llevarlo y retirarlo de la escuela mientras la madre trabajaba, que tenía su exclusivo cuidado durante gran parte del día y que en la vivienda en la que convivían existía un “pack adultos” contratado a una empresa de cable. Repasa la declaración de J.J.G. en Cámara Gesell y resalta que este señaló sólo a su padre como el actor de las conductas típicas de corrupción, entre las que destaca, la reproducción de escenas pornográficas y tocamientos. Con ello, detalla lo informado por los profesionales que intervinieron en la audiencia de Cámara Gesell y en la pericia psicológica practicada anteriormente, y califica dichos elementos como asertivos de la corrupción acusada. Cita jurisprudencia.

Indica que, a pesar de la prueba de cargo, el tribunal llegó al estado de duda sobre la plataforma acusada sólo a partir de la declaración del imputado, circunstancia que entiende insuficiente e incongruente, puesto que éste sólo se limitó a negar los hechos y no aportó elementos de descargo que pusieran en crisis la prueba incriminatoria.

Además, critica que el tribunal de mérito haya considerado, por un lado, que «existe prueba de descargo que apoya la versión del imputado», y que, por otro lado, no haya explicado cuál es esta prueba. Revisa los argumentos de la sentencia en este aspecto y entiende arbitrario el argumento que sostiene que el niño pudo estar sugestionado o influenciado.

Sobre este punto, realiza diversas precisiones. Explica que el tribunal no valoró la declaración del perito psicólogo de parte, quien afirmó que el testimonio de J.J.G. era confiable y que existían indicadores de haber sido víctima del delito denunciado. Además, entiende que el tribunal se apartó de la pericia psicológica del niño, así como de la declaración de la Lic. S., elementos de los que se desprende la inexistencia de influencia sobre

Señala que en la sentencia se soslaya, que la declaración testimonial del niño se incorporó en el marco de otro proceso en el que J.G.R ya se encontraba detenido por delitos de abusos.

Según aclara el recurrente, estas circunstancias indican que el niño no pudo estar sugestionado por terceros.

Finalmente, se agravia por el modo en que el tribunal desacreditó la credibilidad de la víctima. Entiende que el hecho de que J.J.G. haya recordado sólo una escena pornográfica no puede configurar, como lo sostuvo el a quo, contrario a la lógica y la experiencia común. Explica que es erróneo exigirle a la víctima precisión en el relato de lo sucedido o más detalles de los que aportó, sin contemplar su escasa edad.

Por lo expuesto, solicita que la sentencia recurrida sea casada y se condene al acusado por el delito de promoción a la corrupción de menores agravado.

III.- Recurso de la defensa

La defensa del imputado impugna la sentencia individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando e in procedendo.

a) Vicios in procedendo

Respecto de los vicios de carácter formal la defensa destaca, de modo genérico, que la sentencia es arbitraria, parcial e ilógica en relación a la prueba incorporada. Indica que las pruebas seleccionadas, así como el análisis realizado por el a quo, no conducen a una única conclusión determinante y suficiente para el dictado de una sentencia condenatoria. En este sentido, agrega que las pruebas recolectadas son anfibiológicas, lo que debe repercutir a favor del acusado.

Con ello, además, indica que la sentencia criticada sólo se ha basado en las declaraciones testimoniales de M.A.B. y de su madre, las que se encuentran cargadas de subjetividades.

b) Vicios in iudicando

En lo relativo a los vicios de carácter sustancial, la defensa anuncia que la sentencia contiene una errónea adecuación típica de los hechos debido a una errónea valoración de la prueba recolectada.

Analiza las circunstancias fácticas que se tuvieron por probadas en las diversas causas en las que fue condenado su defendido y realiza críticas de manera individualizada.

A fin de lograr una exposición ordenada de los agravios sugeridos, a continuación, se individualizan los mismos en el marco de los autos en los que fueron invocados.

b.1) Autos N° 147.403/17

Respecto de esta causa, el recurrente esboza agravios relativos a los diversos hechos que formaron parte del objeto procesal controvertido y que fueron tenidos por ciertos por el a quo.

Así, en lo que concierne a la condena por lesiones cometidas contra M.A.B., la defensa señala que el tribunal omitió considerar que A. D., progenitora de la niña, no se encontraba en el lugar en el que habrían ocurrido los hechos, razón por la que no puede ser considerada como una testigo presencial.

También, señala que el testimonio brindado por M.A.B. en Cámara Gesell fue falaz, por no corresponderse con el informe del Cuerpo Médico Forense de fs. 276. Explica que lo constatado en dicho informe no se asemeja a las explicaciones que la niña diera, en aquélla audiencia, respecto de las partes del cuerpo en las que fue lesionada.

En este sentido, entiende que no existen elementos o argumentos que acrediten que el acusado haya tenido la intención de lesionar. Afirma que la conducta de J.G.R se ajustó a los patrones de formación y de imposición de límites propios del contexto social en el que se crió. Esto, según indica la defensa, resulta acreditado con las pericias de fs. 29 y 88.

Por ello, entiende que las lesiones corroboradas no pueden interpretarse como un comportamiento doloso (art. 89 del C.P.), sino como uno culposo (art. 94 del C.P.), calificación que resulta más apropiada a la violación del deber de cuidado cometido por el acusado.

En lo relativo a la condena por lesiones cometidas contra A. D., la defensa considera que los hechos no pueden ser subsumidos en un marco de violencia de género.

En este punto, alude que el tribunal omitió valorar prueba determinante y que valoró otros elementos de manera parcial para lograr una condena.

Así, repasa algunas circunstancias fácticas de la causa y denuncia que no existe un solo elemento de prueba, más allá de las manifestaciones de la denunciante, que pueda demostrar que las lesiones constatadas en D. hayan sido producto de maniobras tendientes a dañarla por el hecho de ser mujer, o hayan sido consumadas en un contexto de dominación.

En este sentido, explica que D. nunca denunció anteriormente al acusado por hechos como el imputado en esta causa, que este no tiene antecedentes por acciones de violencia, y que la única testigo objetiva - M. A. N.- controvertió los detalles de la acusación.

Además, indica que el informe del Cuerpo Médico Forense, valorado para acreditar el contexto de violencia de género, fue sopesado parcialmente, toda vez que el tribunal no consideró que allí se detalla que «no existen criterios científicos para establecer la credibilidad del testimonio».

En idéntico sentido crítico, la defensa indica que el tribunal omitió valorar las declaraciones de N. R., N. V. y M. A. N. -madre del imputado, empleada doméstica y sobrina de la denunciante, respectivamente-. Afirma que estos testigos no vieron actos propios de un contexto familiar de violencia. Asimismo, señala que no se valoraron la declaración de M. L. -madre de D.-, quien reconoció que su hija era tan violenta como el propio imputado, y el informe ambiental realizado en el domicilio de D., en el que se constató que los testigos sólo refirieron gritos en el contexto de una discusión.

Con todo lo dicho, la defensa indica que, si bien la relación de A. D. y el acusado fue conflictiva, no existen pruebas determinantes y certeras que demuestren el contexto de violencia de género, razón por la que solicita se revoque la aplicación de la figura agravante.

b.2) Autos N° 147.360/17

En el marco de estos obrados, la defensa articula diversos tipos de agravios.

En primer lugar, explica que el tribunal descartó la calificación de abuso sexual con acceso carnal por no poder acreditarse esta circunstancia fáctica, pero que condenó a J.G.R por frotamientos del órgano viril en la región anal de la niña, siendo esta una hipótesis que carece de prueba y que no fue discutida en el debate.

Al respecto, además, indica, que M.A.B. siempre habló de penetración y lo hizo en varias oportunidades explicando que le causaba dolor, y resalta que la Doctora G. dijo en debate, que ante una penetración brusca o forzada habría una lesión constatable aún constatable, y que la inexistencia de lesión puede obedecer a que el hecho no existió.

En segundo lugar, el recurrente califica como controvertido que, atento a la cantidad de veces en que habrían ocurrido los abusos de acuerdo con la hipótesis acusatoria –unas 216 veces según estima– nadie haya advertido algún indicador.

En este sentido, trae a colación los informes elaborados por los profesionales del Órgano Administrativo Local (OAL) que asistieron al grupo familiar, por la Directora de la institución educativa a la que acudía la niña en la fecha de los hechos y por el personal profesional del Programa Provincial de Maltrato Intrafamiliar (PPMI).

Según advierte, estos elementos no indican un vínculo adverso con el acusado, vulnerabilidad en M.A.B. y violación de derechos o algún tipo de conflicto intrafamiliar. Además, cita lo manifestado por el Lic. E. F., quien sostuvo que lo dicho por la niña en la audiencia de Cámara Gesell indica un «discurso armado y demasiado controlado» y sugirió «evaluar la confiabilidad de su discurso».

En tercer lugar, evoca las conclusiones de los profesionales que analizaron psicológicamente al acusado y denuncia que, si bien el tribunal indicó los puntos favorables constatados en el perfil del acusado, no los tuvo en cuenta. Al respecto dice que, de acuerdo con el informe pericial, su defendido no presentaba un perfil compatible con los hechos, ni trastornos en la esfera psicosexual, premisas con las que se concluyó que no se podía asegurar que el acusado demuestre excitación sexual referida a niños.

En cuarto lugar, el letrado defensor detalla diversas contradicciones en el relato de M.A.B. referente a los hechos.

Así, explica que la niña dijo:

(a) que su hermano J.J.G. vio cuando el acusado abusaba de ella, pero que éste no dijo nada al respecto en su declaración;

(b) que su profesor -A. L.- recibió un papel donde ella explicaba todo lo sucedido, pero que dicho profesor no dijo nada sobre este papel y sostuvo que M.A.B. no le aclaró realmente qué era lo que le habría hecho el acusado;

(c) que los abusos fueron vía anal y que ella golpeaba al acusado para que no lo hiciera, pero que no existen constancias de lesiones, y

(d) que ella filmó con un celular cuando el acusado la golpeó, rompió una computadora y un celular, y golpeó a su madre, pero que no existen constancias de esto.

Finalmente, el recurrente sostiene que el tribunal fue contradictorio al valorar la fuerza convictiva de las declaraciones vertidas en Cámara Gesell.

En este sentido, indica que es arbitrario que el tribunal haya considerado que el testimonio de J.J.G. no era suficiente para condenar al acusado por los delitos de abuso sexual simple y corrupción, y, luego, al analizar la prueba en el marco de la acusación por abuso sexual contra M.A.B., considerara que el relato de la niña bastaba para generar el grado de convicción suficiente para condenar. Formula reserva del caso federal.

IV.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, tras evaluar la procedencia formal de los recursos incoados por la querrela particular y la defensa del encartado, advierte que deben ser rechazados sustancialmente.

En primer lugar, respecto del recurso de casación presentado por la querrela, entiende acertadas las apreciaciones del tribunal a quo cuando sostuvo que los detalles referidos por J.J.G. fueron repetidos por los mayores del entorno familiar, incluso la psicóloga particular, lo que permite suponer que el niño pudo estar sugestionado o influenciado al momento de su entrevista.

En este sentido, comparte las apreciaciones del tribunal, referentes al material pornográfico que supuestamente el acusado obligaba a ver a J.J.G. Sostiene que resulta llamativo que el niño recordara la misma escena, pese a que, de acuerdo con la acusación, el hecho habría ocurrido varias veces.

Finaliza al señalar que el tribunal, detectó cierta sugestión en el niño tras analizar el testimonio de la Lic. S. y percibió indicadores emocionales incompatibles con un abuso sexual al escudriñar la declaración de la maestra T..

En lo relativo al recurso presentado por la defensa de J.G.R, el Procurador General realiza las siguientes consideraciones.

En primer lugar, respecto de las acusaciones formuladas por lesiones, advierte que la defensa intenta restarles entidad a los hechos recurriendo a suposiciones vinculadas con el tamaño y fuerza física del encartado, o a minimizar el accionar violento como un simple “correctivo” asentado en razones culturales. Ello, según indica, no puede contrarrestar que el relato de la víctima y su madre coinciden con el examen médico efectuado por el Cuerpo Médico Forense.

En lo relativo a la acusación por el delito contra la integridad sexual de la niña M.A.B., comparte los argumentos del tribunal al explicar porqué estaba probado el abuso sexual gravemente ultrajante y no el acceso carnal.

Señala que se tuvo especial consideración en el relato de la niña en la audiencia de Cámara Gesell e indica que, de acuerdo a lo explicado por el tribunal, no existió ningún tipo de sugestión por parte de los profesionales intervinientes.

Recuerda que la declaración de la niña fue sumamente detallada y que contó con el apoyo de los informes elaborados por las profesionales L. y E. y de los testimonios de su progenitora y maestros.

Finaliza al sostener que el a quo cotejó la declaración de M.A.B. con el resto del plexo probatorio incorporado, lo que le permitió arribar al grado de certeza necesario para dictar una sentencia condenatoria.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por las partes recurrentes, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a las presentaciones recursivas detalladas, y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 30 del Primer Tribunal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.

A fin de analizar las impugnaciones de acuerdo con el orden en el que fueron presentadas, a continuación me abocaré, en primer lugar, al tratamiento del recurso presentado por la parte querellante (a), y, en segundo orden, al estudio de la presentación de la defensa (b). Veamos.

a. El recurso de casación de la querella particular

Desde un punto de vista formal, la presentación de la parte querellante comprende, esencialmente, críticas a los fundamentos que avalaron la absolución del acusado.

En concreto, sostiene que el tribunal ha seguido caminos ilógicos para fundar el estado de duda que lo llevó a absolver, y que contaba con suficientes elementos de prueba para condenar. Según entiendo, las aseveraciones del recurrente en este contexto no tienen respaldo en las constancias de la causa, razón por la que no pueden prosperar.

Las críticas del recurrente relativas al modo en que el tribunal valoró el testimonio de J.J.G. no demuestran una postura arbitraria o irracional. En efecto, en este punto la querella entiende que el tribunal aseveró que el niño estaba influenciado o sugestionado al declarar soslayando elementos de prueba que indicaban lo contrario, entre ellos, los informes psicológicos elaborados por las profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) y la declaración de la Lic. S., psicóloga particular del niño. Esta premisa, según estimo, no es adecuada, puesto que el a quo no soslayó dichos elementos de prueba de manera injustificada. Al contrario, explicó que, si bien dichos profesionales coincidieron al informar que el relato de J.J.G. era creíble, existían otros elementos que lo hacían dudar de la verosimilitud de su declaración (ver fundamentos, fs. 1285 vta.).

Sobre este punto es dable recordar, de manera preliminar, que la prueba pericial no resulta vinculante para el tribunal de juicio, sino un elemento de prueba más que puede o no ser recibido para fortalecer el conocimiento sobre algún aspecto desconocido. Conforme con ello, lo que sí es dable exigir al magistrado encargado de juzgar sobre el mérito de un informe pericial, es una explicación racional sobre las razones que lo llevaron a apartarse de las conclusiones aportadas por el perito interviniente (ver al respecto, MAIER Julio B. J., Derecho procesal penal Parte General. Actos procesales, 1ª edición, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, Tomo III, págs. 157/160).

Según advierto, el tribunal ha argumentado de manera adecuada, puesto que ha explicado cuáles fueron las particularidades del caso que lo llevaron a dudar de la verosimilitud del relato de J.J.G., a pesar de que las explicaciones de los psicólogos intervinientes indicaban credibilidad (ver fundamentos, fs. 1286 y vta.). Efectivamente, detalló que el testimonio de J.J.G pudo estar sugestionado por las conversaciones producidas en el entorno familiar toda vez que, a la fecha en que se produjo el testimonio del niño en Cámara Gesell, éste ya había hablado sobre los abusos con su progenitora y su psicóloga. En este sentido, explicó que el testimonio fue tomado después de tres meses de que el acusado fuese detenido por los delitos de abuso sexual cometidos contra la hermana del menor y que, según la propia Lic. S. -psicóloga particular del niño-, a la fecha de la celebración de dicha audiencia de Cámara Gesell ya había tenido alrededor de cinco entrevistas con J.J.G.

Otro aspecto relevado por el tribunal de juicio como un indicador de sugestión en el relato de J.J.G., fue el dato aportado por la madre del niño, y mencionado también por su psicóloga, referente a los tocamientos que el propio J.J.G. se hacía en sus órganos genitales. Sobre este punto explicó que, si bien en un principio la Lic. S. sostuvo que se trataba de actos de masturbación (lo que podía ser valorado como un indicador de abuso), luego no pudo reafirmar lo dicho y señaló que no podía precisar si eran actos de exploración o descubrimiento propios de la edad.

También, el a quo tuvo en consideración que existía una contradicción “relevante” en la declaración de J.J.G. respecto de lo que el acusado habría hecho. En concreto, explicó que, mientras que el niño dijo en su declaración que J.G.R «le había tocado el pene por debajo de la ropa», a su psicóloga le comentó que su padre lo «obligaba [...] a tocarse el pito», siendo esta una conducta que calificó como “totalmente diferente” a la acusada.

Finalmente, el tribunal consideró otros elementos que lo convencieron de la poca credibilidad de la declaración de J.J.C. Por ejemplo, que de acuerdo con el testimonio de quien fuese la maestra de J.J.G. al tiempo en el que se habrían producido los hechos, éste no presentaba indicadores psicológicos ni físicos compatibles con la de una víctima de abuso sexual. O que la escena pornográfica relatada por el niño haya sido siempre la misma a pesar de que, de acuerdo con la acusación, habría sido expuesto a contenido pornográfico en varias ocasiones.

Sobre esta última idea, debe decirse que la crítica que indica que el tribunal fue ilógico al exigirle a la víctima precisión en el relato de lo sucedido o más detalles de los que aportó, sin contemplar su escasa edad, tampoco tiene respaldo suficiente en las constancias de la causa como para prosperar. En efecto, según surge de las actuaciones, el a quo consideró que, sin desconocer la edad de J.J.G. al momento de la entrevista, la ausencia de detalles en su testimonio era, tan sólo, uno de los indicadores que lo llevaba a dudar de la verosimilitud de la declaración, es decir, de «la exactitud sobre los detalles del abuso o, hasta qué punto informó lo que realmente experimentó y el grado en el que determinadas influencias externas pueden haber impactado en sus alegaciones o recuerdos» (ver fundamentos, fs. 1285 vta.). Dicho con

otras palabras, la ausencia de detalles en la declaración de J.J.G. no ha sido valorada como un elemento de preponderante relevancia, sino como uno entre los varios indicadores relevados por el sentenciante. Según se advierte, el tribunal dio suficientes razones para dudar sobre la verosimilitud del relato de J.J.G., razón por la que no puede calificarse como irracional su posición, al apartarse de las conclusiones de los profesionales que indicaron que el niño no presentaba rasgos de influenciabilidad. Por ello, tampoco puede sostenerse, como hace la defensa, que los informes elaborados por las profesionales del CAI, así como el testimonio de la Lic. S., hayan sido elementos “asertivos” del delito de corrupción imputado.

Finalmente en este marco, también debe descartarse la crítica que indica que el tribunal justificó el estado de duda sólo a partir de la negativa del acusado. Según se ha visto, el a quo dedicó diversos argumentos para explicar porqué los elementos de cargo reunidos por la acusación «no resultaron suficientes para destruir el estado de inocencia que ampara al imputado» (ver fundamentos, fs. 1286 vta.).

En lo que respecta a los vicios de carácter sustancial, entiendo que las conclusiones del a quo han sido adecuadas en este caso. Efectivamente, le asiste razón al señalar que, si no se han podido probar con grado de certeza actos de tocamientos sobre zonas pudenda del niño, o que el acusado haya obligado a éste a mirar películas con contenido pornográfico, no existen razones para afirmar que se ha configurado el delito de promoción a la corrupción de menores (ver fundamentos, fs. 1286 vta./1287).

b. Recurso de casación de la defensa

Antes de iniciar el análisis de los vicios invocados por la defensa debe advertirse que, en esencia, el recurso implica un descontento con la valoración de la prueba incorporada y rendida en el debate. Precisamente, si bien el recurrente menciona de manera diferenciada la presencia de vicios in procedendo y vicios in iudicando, lo cierto es que todos los casos citados como ejemplos de vicios sustanciales focalizan la crítica en la valoración de la prueba realizada por el tribunal.

Por ello, a continuación analizaré si puede sostenerse, como lo hace la defensa, que existen irregularidades capaces de describir a la sentencia recurrida como un acto jurisdiccional inválido.

a) Autos N° 147.403/17

De acuerdo con la presentación recursiva, las lesiones imputadas en estos autos a J.G.R han sido corroboradas de manera arbitraria, pues el tribunal a quo no contó con elementos probatorios suficientes para tener por acreditado, que los comportamientos lesivos cometidos contra M.A.B. hayan sido dolosos, y que los cometidos contra A. D. hayan sido en un contexto de violencia de género.

Respecto del primer punto criticado, es decir, de la acreditación de las lesiones cometidas contra M.A.B., debe decirse que el planteo defensivo consiste en una reiteración de argumentos que ya fueron abordados adecuadamente por el tribunal, y no consigue demostrar la arbitrariedad alegada.

En efecto, la lectura de las actuaciones acompañadas indica que el tribunal justificó detalladamente porqué las lesiones constatadas en el informe de fs. 276 se condecían con la declaración que M.A.B. dio en Cámara Gesell y con el reconocimiento que hizo el imputado en la audiencia de debate. Asimismo, sostuvo que no existían elementos de prueba que justifiquen una interpretación del comportamiento endilgado al acusado como una violación del deber objetivo de cuidado y, en este sentido, con un exceso en el deber de corrección propio de la patria potestad (ver fundamentos, fs. 1282 vta. y fs. 1283).

Frente a estos argumentos, según advierto, la defensa no ha explicado suficientemente porqué el razonamiento del tribunal se ha basado en premisas o conclusiones arbitrarias. Además, tampoco se advierte en la presentación recursiva fundamento alguno que explique cómo los informes psicológicos del acusado (ver fs. 29 y fs. 88), demuestran un comportamiento descuidado y no doloso.

Respecto del segundo aspecto de la crítica, este es, el relativo a la acreditación de un contexto de violencia de género en el que se produjeron las lesiones de A. D., también debe decirse que la presentación recursiva no contiene argumentos apropiados para justificar la arbitrariedad denunciada. Ello puesto que, contrariamente a lo sugerido por la defensa, el tribunal corroboró el contexto de violencia de género en el que se produjeron las lesiones no sólo a partir de su testimonio, sino también en virtud de otros elementos de prueba que fueron adecuadamente valorados.

Efectivamente, a fin de medir la credibilidad de la declaración de la víctima y la acreditación de la agravante el tribunal tuvo en miras, por un lado, el examen psiquiátrico realizado por el Cuerpo Médico Forense (CMF), estudio en el que se constató que D. presentaba «indicadores emocionales y conductuales de haber sido víctima de violencia de género», que relató «episodios de violencia física, verbal, psicológica, emocional y sexual, donde los mismos han sido sostenidos en el tiempo», y que presentaba «indicadores psicológicos compatibles con procesos de victimización, temor, angustia y ansiedad» (ver fundamentos, fs. 1284).

Por otro lado, el tribunal a quo meritó el audio reproducido en la audiencia de debate, cuya titularidad fue reconocida por el imputado y cuyo contenido fue detallado en la sentencia y calificado como «expresiones humillantes y descalificadoras que acreditan una forma de violencia verbal y psicológica» (ver fundamentos, fs. 1293).

Además, el sentenciante puso especial consideración en las declaraciones de otros testigos que dieron cuenta de actos de violencia cometidos y que han sido señalados por el recurrente como testimonios no valorados.

En este sentido, destacó la declaración de M. L. (madre de la víctima) quien manifestó haber presenciado episodios en que el imputado agredió físicamente a su hija, y la declaración de M. A. N. (sobrina de la víctima), quien también refirió que el acusado la «maltrataba» (ver fundamentos, fs. 1293).

Asimismo, consideró el testimonio de N. V., empleada de la víctima y el acusado para el cuidado de los hijos de ambos, quien dijo que, si bien no había presenciado golpes por parte del acusado, sí destacó que M.A.B. le contaba que el este golpeaba a A. D. (ver fundamentos, fs. 1284).

Con lo anteriormente destacado, según entiendo, queda acreditado que el tribunal de sentencia contó con elementos suficientes para considerar probada la figura agravante de las lesiones, más allá de la declaración de la víctima.

En este punto debe agregarse que, si bien la defensa ha señalado algunos elementos de descargo, no ha explicado cómo controvierten la hipótesis de la acusación.

Efectivamente, no se desprende de la presentación recursiva en qué sentido la testigo N. R. (madre del acusado) ha aportado datos de peso para controvertir el contexto de violencia de género en el que se produjeron las lesiones de A. D., o cómo el informe elaborado por el CMF contribuye en esta idea al indicar que «no existen criterios científicos para establecer la credibilidad del testimonio», cuando en el mismo informe se detectan indicadores de un proceso de victimización basado en el género (ver informe de fs. 274).

Por todo lo dicho en este contexto, entiendo que las lesiones leves imputadas al acusado han sido adecuadamente comprobadas como un supuesto de lesiones agravadas por ser cometidas mediante violencia de género.

b) Autos N° 147.360/17

El primer punto de agravio proferido en este marco indica que el tribunal de juicio alteró la plataforma fáctica acusada y condenó al imputado por un delito distinto. En concreto explica que, a pesar de que las

partes acusadoras no pudieron probar los hechos de abuso sexual con acceso carnal endilgados a J.G.R, el tribunal, no obstante, consideró que sí estaba probado que el acusado frotó su órgano viril sobre la región anal de M.A.B. y que este hecho configuraba un supuesto de abuso sexual gravemente ultrajante. De este modo, según la defensa, el tribunal introdujo una hipótesis que no fue discutida en el debate y vulneró el principio de congruencia, perjudicando a la defensa. Sobre este punto deben hacerse las siguientes consideraciones.

En lo que a este caso respecta, obra en el requerimiento fiscal de juicio obrante a fs. 159/166 que al acusado se lo intimó por comportamientos consistentes en: a) haber penetrado a M.A.B. por el ano con su pene en algunas ocasiones, b) haber obligado a M.A.B. a que le practicara “fellatio in ore” en otras oportunidades, c) haberse masturbado en presencia de la niña y d) haberle pedido a esta que lo masturbase. Estos comportamientos fueron calificados como “abuso sexual con acceso carnal reiterado (en un número indeterminado de hechos) doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente en concurso ideal, y abuso sexual gravemente ultrajante reiterado (en un número indeterminado de hechos) doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente en concurso ideal; todos ellos en concurso real” (ver fundamentos, fs. 1280). Esta plataforma fáctica, según se desprende de los alegatos de la fiscalía y la querella, se mantuvo inamovible (ver soporte audio visual acompañado correspondiente al día .. de ... de 2018, a partir del minuto 48:20).

Por su lado, luego de valorar toda la prueba sustanciada en el debate y escuchar los alegatos de las partes, el tribunal de juicio consideró que se encontraba probado que «los actos de abuso sexual de [J.G.R] respecto de [M.A.B.] consintieron en la realización de actos de masturbación en presencia de la niña mientras el imputado le sujetaba las manos, así como también obligar a la misma que lo masturbase, en la realización de actos de frotamiento del órgano viril sobre la región anal sin llegar a accederla carnalmente, como así también en obligarla a “chuparle” el pene» (ver fundamentos, fs. 1287 vta.). En este sentido, sostuvo que «[t]eniendo en cuenta el propio relato de la niña [...] estas son las conductas que consideramos acreditadas, no así la penetración anal a que hace referencia, tanto la Fiscal de Instrucción como la parte querellante en sus conclusiones»; y, sobre el testimonio de [M.A.B.], dijo que «no está claro la existencia de penetración anal, ya que se observa en Cámara Gesell que primero dijo que no y después ante preguntas de la psicóloga dijo que sí, pero aclarando con palabras y gráficamente que ella se resistía y le pegaba para que no lo hiciera, con lo cual, cabe reiterar, [está] acreditado que al menos hubo contacto y frotamiento» (ver fundamentos, fs. 1288).

Como se advierte, el tribunal de juicio consideró que el hecho descripto anteriormente en el punto “a)”, este es, el acceso carnal por vía anal, no pudo ser acreditado, pero, no obstante, sí entendió que lo que se encontraba acreditado eran actos de “frotamiento” o “contacto” del pene del acusado en la zona anal de [M.A.B.], que debían ser calificados como un supuesto de abuso sexual gravemente ultrajante (ver fs. 1295). Estos comportamientos de “contacto” o “frotamiento” (que no fueron descriptos por la acusación, ni en la pieza requisitoria de fs. 159/166, ni en los alegatos finales correspondientes) son los que configuran el núcleo de la crítica recursiva y sobre los cuales la defensa ha estructurado el pedido de nulidad de la sentencia por violación del principio de congruencia.

No obstante, no puede soslayarse que la plataforma fáctica imputada al acusado en el marco de estos autos N° 147.360/17 se compuso de otros hechos de abuso contra la integridad sexual respecto de los cuales la defensa no ha articulado vulneración alguna del principio de congruencia. Esta circunstancia,

según estimo, determina que la sanción de nulidad solicitada por la parte recurrente carezca de interés práctico y, por ello, no pueda ser recibida en esta instancia.

En efecto, los demás abusos sexuales gravemente ultrajantes descriptos en los supuestos “b”, “c” y “d”, como explicaré, han sido acreditados adecuadamente por el tribunal de mérito y justifican, junto con las lesiones por las que el acusado fue condenado en los autos N° 147.403/17, la pena que finalmente se impuso. Dicho de otro modo, en tanto las conclusiones del tribunal respecto de los demás hechos de la plataforma fáctica que no han sido modificados son válidas y, consecuentemente, permiten mantener la sentencia como un acto válido respecto de esos hechos, la pena de 9 años de prisión a la que fuere condenado el acusado debe mantenerse puesto que luce proporcional y suficiente para refutar la gravedad de los delitos cometidos por [J.G.R].

Consecuentemente con lo dicho, corresponde analizar entonces si los demás vicios invocados por la defensa tienen entidad para ser recibidos.

El argumento defensivo siguiente, que controvierte la credibilidad de M.B.A. debido a la ausencia de indicadores de abuso, tampoco puede ser recibido, puesto que carece de respaldo suficiente en las constancias de la causa.

Sobre esta idea debe decirse, por un lado, que el recurrente no explica de qué manera los informes de la OAL y el PPMI, o el elaborado por la directora de la institución educativa a la que asistía M.A.B., controvierten los fundamentos del tribunal sobre el nivel de credibilidad que le mereció el testimonio de la víctima. Por otro lado, debe destacarse que este aspecto de la acusación fue valorado por el a quo de manera adecuada, toda vez que se valió de diversos elementos de apoyo para explicar porqué las declaraciones de M.A.B. le parecieron verosímiles, y puesto que no utilizó premisas ilógicas en las conclusiones relativas a la credibilidad de M.A.B.

Efectivamente, en este aspecto de la acusación el tribunal a quo no sólo tuvo en miras el informe realizado por las licenciadas L. y E. (del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario) y la declaración testimonial de la misma Lic. L. en audiencia de debate, sino también el informe elaborado por el propio perito de parte, E. F., y su declaración en el juicio oral; elementos cuyo sentido controvierte la defensa (ver fundamentos, fs. 1289/1290). Sobre este último elemento de prueba el tribunal de sentencia destacó que, a raíz de las aseveraciones vertidas en su informe, el perito F. debió explayarse en la audiencia de debate, ocasión en la que dijo que «existen elementos que resultan compatibles con el abuso».

Además, el tribunal relevó el testimonio de la Lic. D. S., quien se entrevistó con la niña con posterioridad a la declaración en Cámara Gesell, y los testimonios de su progenitora y maestros, A. L., M. C. V., C. M. y C. U.. Tras compulsar cada uno de estos testimonios, el tribunal destacó que percibieron estados emocionales y conductuales de la niña compatibles con los hechos (ver fundamentos, fs. 1290 y vta.). El punto de agravio que refiere que el tribunal no valoró el informe psicológico del acusado en algunos aspectos que considera favorables, tampoco puede ser recibido, toda vez que no se condice con las constancias de la causa.

En efecto, el tribunal de juicio no sólo indicó los aspectos del informe psicológico que apoyaban la hipótesis del acusado -negar los hechos-, también aclaró que dicho apoyo era uno parcial y que no alcanzaba para controvertir la hipótesis de la acusación y los elementos de prueba que la fortalecían (ver fundamentos, fs. 1292).

El punto de agravio siguiente, con el que la defensa detalla diversos puntos que considera contradictorios en la declaración de M.A.B., también debe ser rechazado, toda vez que esta idea implica una reedición de alegatos que ya fueron adecuadamente refutados por el tribunal de juicio.

Precisamente, sobre este punto el tribunal de juicio sostuvo que las contradicciones resaltadas por la defensa recaen sobre aspectos secundarios, lo que lo llevaba a afirmar que el relato de la niña era un relato propio y no influenciado por tercera personas, siendo la constancia de la declaración un criterio que validaba el testimonio (ver fundamentos, fs. 1291 vta.).

Según se advierte, la defensa no ha intentado argumento alguno capaz de controvertir estas premisas o de explicar de qué modo el tribunal ha sido arbitrario al analizar los puntos de contradicción alegados en la audiencia de debate, razón por la que la crítica debe ser desestimada.

Por último, debe decirse que el tribunal no ha sido contradictorio al valorar el peso convictivo de algunos testimonios incorporados a la causa. En efecto, según explicó el tribunal, el hecho de que la declaración de M.A.B. haya sido suficiente para derrumbar el estado de inocencia del acusado, pero no lo haya sido el testimonio de J.J.G., se debió a la presencia de mayores indicadores de credibilidad en el testimonio de la niña y a la ausencia de indicadores de una posible sugestión, de modo que el tribunal pudo superar el estado de duda respecto de la acusación por delitos cometidos sólo contra la integridad sexual de M.A.B. (ver fundamentos, fs. 1289 vta./1292).

En conclusión, en virtud de las apreciaciones hechas puede afirmarse que la sentencia que absuelve a [J.G.R] del delito de promoción de la corrupción de menores agravada, y lo condena por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado, no contiene los vicios de razonamiento que la querrela o la defensa le endilgan, razón por la que debe mantenerse como un acto jurisdiccional válido.

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que los recursos de casación presentados deben ser rechazados en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 30 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. J. V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. J. V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a las partes vencidas y regular los honorarios profesionales del Dr. J. H. P., por la querrela en la suma de pesos ... a cargo de su representado y del Dr. L. A. C., por la defensa, en la suma de pesos ... a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. J. V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1.332/1.340 por la querrela particular.
- 2.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1.343/1.382 por la defensa del acusado.

3.- Imponer las costas a las partes vencidas y regular los honorarios profesionales del Dr. J. H. P., por la querrela en la suma de pesos ... a cargo de su representado y del Dr. L. A. C., por la defensa, en la suma de pesos ... a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

4.- Tener presente la reserva del caso federal formulada por la defensa de [J.G.R].

5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. J. V. VALERIO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 02 de mayo de 2019.-

10- SANTANDER. 03-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Conv EG Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcSLA.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 55, 119, 2° y 4° párrafos inc. b), del CP, arts. 2, 206 y 416 inc. 4 del CPP. Art. 18 de la CN. Convención sobre los Derechos del Niño. Ley Nacional 26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Gravemente ultrajante. Encargado de la guarda. Convivencia. Vínculo. Nuevo juicio. Valoración de la prueba. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal –en número indeterminado de hechos– en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante, ambos agravados por el vínculo, la situación de guarda y convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad (art. 119 párr. 3, art. 55, art. 119 párrs. 2 y 4 inc. b), del C.P.)

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia ya que evidencia una falta de motivación suficiente sobre elementos esenciales que permiten sostener la calificación jurídica seleccionada (Art. 474 inc. 2 CPP)

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la sentencia y sus fundamentos remitiendo las presentes actuaciones al tribunal de origen.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 241, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes relacionados:

- Tapia Figueroa 22-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=860>
- Porcel Valero 30-09-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=892>
- Flores. 28-10-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=932>

Doctrina citada

DE LA RÚA, Fernando, "La casación penal", Edic. 1.994, págs. 106/108.

Parágrafos destacados

“.....la sentencia no sólo debe contener, expresamente, los motivos que condujeron a los jueces que la suscriben a resolver la causa en un determinado sentido y que no basta, al efecto, la mera remisión a las

constancias de aquella, sino que, además, debe exhibir un mínimo de claridad que posibilite inferir, de los conceptos utilizados, el razonamiento y las valoraciones del juzgador. La garantía de la defensa en juicio y el debido proceso exigen que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.”

“...quien resulta sometido a un proceso judicial por haber sido sindicado como presunto responsable de un hecho delictivo, goza de un estado de inocencia cuya destrucción corre por cuenta del órgano acusador –público o privado-. Es decir, el imputado no tiene el deber de probar que es inocente, sino que serán las pruebas arrimadas a la causa las que, correctamente interpretadas y ponderadas conforme a las reglas de la sana crítica, permitan generar en el juzgador el estado subjetivo de certeza positiva necesario para superar el estado de duda razonable y, en consecuencia, emitir razonadamente un pronunciamiento condenatorio (art. 2 del C.P.P.)”

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

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04495011-6/1((038601-84372)) F. C/ S. L. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL... (84372) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104576664*

En Mendoza, a los tres días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04495011-6/1 caratulada "FC/ S., L. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL...S/CASACIÓN".

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

A fs. 512/516 vta., el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 241 de fecha 24 de agosto de 2.018 (fs. 503 y vta.) y sus fundamentos (fs. 506/510 vta.) mediante la que se condenó a L. A. S. G. a la pena de nueve años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal –en número indeterminado de hechos– en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante, ambos agravados por el vínculo, la situación de guarda y convivencia preexistente con un menor de dieciocho años de edad, que se le atribuyen en el marco de los autos N° P-84.372/16 (art. 119 párr. 3, art. 55, art. 119 párrs. 2 y 4 inc. b), del C.P.); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- Resolución recurrida

Como se adelantó, el órgano sentenciante resolvió condenar al encausado L. A. S. G. por los delitos de abuso sexual con acceso carnal –en número indeterminado de hechos– en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante, ambos agravados por el vínculo por el delito de abuso sexual con acceso carnal que oportunamente le fueran endilgados.

Para así resolver, expresó que las pruebas de cargo incorporadas a la causa le permitieron tener por acreditado que, sin poder precisar con exactitud la fecha, pero desde el mes de junio del año 2.014, cuando la víctima M.N.S. tenía diez años de edad, y en momentos en que esta se encontraba en el interior de la vivienda sita en calle ... y ., Finca ..., del distrito ..., departamento de ..., en el cual convivía con L. A. S. G., éste en reiteradas oportunidades, aprovechando la ausencia de la progenitora de la menor quedando la misma al cuidado del encartado, le realizó tocamientos con sus manos, pene y lengua en la vagina de la víctima, y penetrándola en forma incompleta, tras lo cual el imputado le decía a la víctima que «si hablaba la iba a matar a ella y a su madre» (ver fundamentos, fs. 509 vta.).

Para llegar a esa conclusión, destacó que la estrategia defensiva debía ser descartada en función del escaso valor probatorio que posee la versión exculpatoria brindada por el imputado en su declaración indagatoria durante el debate, la que no se condecía con ninguno de los elementos de prueba que acompañaban la causa, y que revelaban una actitud ganancial de su parte.

Por otro lado, resaltó que los dichos vertidos por la menor en Cámara Gesell resultaron creíbles y coherentes, sin contradicciones, aportando datos significativos para la determinación de la verdad de los hechos que se mantuvieron inalterables en el tiempo. Además, subrayó que sus dichos encontraron respaldo en las conclusiones elaboradas por la Lic. ..., del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario.

2. Recurso de casación

El recurso de casación deducido por la defensa del acusado se basa en el inciso 2 del art. 474 del C.P.P., esto es, la supuesta presencia de vicios in procedendo en la resolución atacada.

Aduce el recurrente que la sentencia recurrida evidencia una falta de motivación suficiente sobre elementos esenciales que permiten sostener la calificación jurídica seleccionada por el sentenciante, vicio que, a su criterio, provoca su nulidad a los términos previstos en el art. 416 inc. 4° de la ley adjetiva.

En primer lugar, asegura que el a quo no fundó debidamente la existencia de los elementos típicos que requiere el delito de abuso sexual gravemente ultrajante. Manifiesta que la sentencia aplicó esa calificación sin precisar de qué modo los hechos atribuidos al imputado implicaron, en el caso de autos, un sometimiento humillante para la víctima, por haber traspasado el límite del ultraje natural que acarrea toda intervención dolosa de terceros en el ámbito de la esfera sexual.

En segundo término, cuestiona que tampoco se explicó adecuadamente la existencia del delito de abuso sexual con acceso carnal. En ese sentido, sostiene que resulta arbitrario concluir sobre la existencia de ese extremo tal como lo hace el sentenciante, esto es, sin haber valorado en su conjunto la declaración de la menor prestada en Cámara Gesell, oportunidad en la que detalló claramente que no hubo acceso carnal, ni siquiera en forma parcial. Agrega que también fueron omitidos otros elementos de prueba que conducen a la misma conclusión, tal como la declaración de la progenitora de la menor, quien dijo que su hija le había expresado que el imputado nunca le había sacado la virginidad porque ella no lo había dejado. Por último, refiere que no es aplicable a los hechos la reforma efectuada mediante ley 27.352 al art. 119 del C.P. porque no se encontraba vigente a la fecha de los hechos endilgados -entre 2014 y agosto de 2.016-.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General, en oportunidad de dictaminar en relación al recurso extraordinario interpuesto por el recurrente, entiende que éste debe ser rechazado (fs. 539/541). Ello en tanto, la sentencia se encuentra suficientemente fundada, por lo que corresponde su mantenimiento como acto jurisdiccional válido.

En ese sentido, y tras considerar que los agravios de la defensa giran principalmente en orden a la supuesta falta de motivación de la calificación legal asignada a los hechos investigados, expresa que los fundamentos del fallo explican debidamente cuáles fueron los elementos tenidos en cuenta para acreditar los hechos y la autoría del imputado, además de las razones para sustentar la subsunción resistida.

Expresa que los dichos del imputado para descargar responsabilidades en la menor víctima y en la falta de cuidado de su madre, aduciendo que la menor lo hacía porque no la dejaban salir con amigos, quedaron desvanecidos con la pericia realizada a la víctima de la que surgió que su testimonio era creíble y aportaba datos significativos para la determinación de la verdad real. A lo que agrega que se evaluaron también los dichos de su progenitora, los que permitieron descartar cualquier actitud ganancial en la denuncia.

Manifiesta que para acreditar el abuso sexual con acceso carnal, en la sentencia se hizo específica referencia a la pericia de la menor que refiere abuso sexual cronificado, por su cantidad y duración, y que el acceso carnal quedó acreditado con el desgarró radial concéntrico en hora 4 que presentaba la menor, según el informe médico agregado, que coincidía con el relato en Cámara Gesell y del que se desprendería que el imputado realizó una penetración incompleta, por el dolor que produjo a la niña y que provocó que no continuara con la conducta sexual descripta.

Refiere que también resultaron acreditados los actos de tocamientos, acercamientos de órganos sexuales y accesos incompletos, extendidos en el tiempo, de todo lo cual se hizo referencia en la sentencia y que, conforme los relata la niña, implicaron un plus que fue debidamente evaluado como gravemente ultrajante.

Por último, en cuanto a la referencia que hace el recurrente de que no corresponde la aplicación del art. 119 del C.P. reformado por ley 27.352, destaca que esa parte no precisó cuál sería el perjuicio que significa, ni cuál sería la circunstancia que se vería modificada, ya que respecto de la calificación legal y la escala penal que resulta aplicable a los hechos endilgados al imputado, ello no ha sufrido ninguna modificación.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones, entiendo que corresponde acoger el recurso extraordinario oportunamente interpuesto, por cuanto –en mi opinión–, la sentencia adolece de ciertos vicios cuya presencia aconseja su nulificación. Paso a explicarlo.

4.1. Alega el recurrente que la sentencia presenta ausencia de motivación suficiente respecto a la calificación legal de los delitos endilgados al imputado, vicio de fundamentación que determina la nulidad del dictum recurrido. Por un lado, cuestiona que no se hayan consignado debidamente los motivos por los que el tribunal a quo entendió que los hechos atribuidos al acusado implicaron para la víctima un sometimiento humillante, con la consecuente mayor afectación que se requiere respecto de los bienes jurídicos protegidos. Por otro, se queja de la ausencia probatoria para tener por acreditado en autos el acceso carnal en forma incompleta en tanto, a su criterio, el sentenciante valoró indebidamente la prueba, ya que parcializó la interpretación de los dichos de la menor en Cámara Gesell, y omitió elementos relevantes provenientes de otros instrumentos probatorios.

Conforme lo considero, le asiste razón al impugnante en los argumentos que propone.

a. De acuerdo a la estructura argumental planteada por la defensa a través de la pretensión casatoria incoada, conviene recordar aquí que el deber de fundamentación de la sentencia constituye una exigencia constitucional y legal, cuya violación supone primordialmente una infracción al precepto que garantiza que «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso» (art. 18 C.N.). El sentido republicano de la justicia exige la fundamentación de las sentencias, ello por cuanto implica la explicación de sus motivaciones.

No pude obviarse que nos encontramos ante una garantía constitucional –deber de fundamentación– que debe ser vista no sólo en atención de la situación de quien resulta acusado de la presunta comisión de un hecho delictivo sino, además, para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia, y en especial la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus fallos, lo que permite a su vez, ejercer el control sobre la conducta de los mismos (conf. De la Rúa, Fernando, "La casación penal", Edic. 1.994, págs. 106/108).

La necesidad de que el acto sentencial contenga una justificación reflexiva de los pasos argumentativos seguidos por el sentenciante para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en el proceso, esto es,

existencia material y autoría de los hechos investigados, y su respectivo encuadramiento legal cuando así corresponda, exige contar con una motivación que cumpla con ser expresa, clara y completa. Desde allí que se justifica que la normativa procesal penal establezca que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la motivación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 del C.P.P.).

Con lo cual, y a modo de primera conclusión, entiendo que la sentencia no sólo debe contener, expresamente, los motivos que condujeron a los jueces que la suscriben a resolver la causa en un determinado sentido y que no basta, al efecto, la mera remisión a las constancias de aquella, sino que, además, debe exhibir un mínimo de claridad que posibilite inferir, de los conceptos utilizados, el razonamiento y las valoraciones del juzgador. La garantía de la defensa en juicio y el debido proceso exigen que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Establecido aquello, entiendo que ese deber de fundamentación de los pronunciamientos jurisdiccionales, particularmente de las sentencias, adquiere un mayor nivel de exigencia cuando, como ocurre en el caso sub examine, se trata de juzgar comportamientos que integran un género delictivo con matices y dificultades muy propias. Me estoy refiriendo a los casos de abusos sexuales infantil (ASI) ocurridos en el ámbito intrafamiliar, en los que la violencia sexual cometida afecta a personas que integran un grupo social altamente vulnerable.

La especialidad que hace a la naturaleza de este género de conductas ilícitas no sólo incide en cuanto a la necesidad –y deber– de ajustar las reglas de valoración de la prueba al contexto en el que se producen, esto es, adoptar un particular modo de ponderación de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, atribuyendo un significado de acuerdo a la naturaleza del caso.

Considero que, además, y de acuerdo a los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los diversos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los órganos estatales, y en particular, los judiciales, deben concentrar –y redoblar– sus esfuerzos en procura de proteger prioritariamente a la víctima, poniendo en marcha los mecanismos de los que dispone el sistema para ello, en procura de no profundizar innecesariamente el grado de victimización sufrido.

Ello en tanto, resulta materia indiscutible el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas. Así el agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de los menores, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Derechos que se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

De este modo, y como segunda conclusión, el deber de fundamentación de un pronunciamiento sentencial en casos en que se hayan comprometidos los derechos de quienes integran un componente social altamente vulnerable, importa asumir un compromiso por parte del órgano juzgador en profundizar la exigencia de claridad y completitud, a los fines de impedir que el error o déficit de fundamentación pueda trasuntar en una revictimización de quienes han sido víctima de este tipo de hechos -abusos sexuales infantiles-.

b. Sentado cuanto precede, del repaso de las constancias de la causa, surge que la sentencia adolece de una adecuada y suficiente fundamentación. Ello por cuanto las razones expuestas por el órgano decisor para sostener sus conclusiones, lucen ineficaces e insuficientes para demostrar la razonabilidad de la

decisión adoptada, la que resulta privada de la fundamentación mínima necesaria para sostener su validez como acto jurisdiccional válido.

No encuentro una exposición lógicamente razonada de los fundamentos del fallo para entender cuál ha sido el razonamiento seguido por el tribunal de sentencia no sólo a tener por acreditados los hechos juzgados, sino además, y como bien lo apunta el recurrente, los motivos para justificar el encuadramiento legal de los mismos.

b.1. En primer lugar, acerca de la tarea de valoración de la prueba, el sentenciante no expresa acabadamente cuál es el grado de apoyo que cada una de las pruebas producidas e incorporadas al debate proporciona tanto a las hipótesis fácticas que presentó la parte acusadora, como a la hipótesis alternativa que sobre los hechos efectuó la parte defensiva. Es por ello que ese razonamiento, a mi criterio, se encuentra viciado por arbitrariedad al haber asignado a los elementos probatorios un valor (o un desvalor) determinado sin explicitar las razones que motivan dicha asignación.

En efecto, el tribunal de juicio le otorga plena credibilidad a la versión sostenida por la parte acusadora en base a tres elementos centrales: la declaración indagatoria del acusado prestada durante la audiencia de debate; los dichos vertidos por la menor en Cámara Gesell; y, las conclusiones expresadas por la Lic.

Sin embargo, la valoración efectuada luce incorrecta, parcial e incompleta. En primer lugar, porque inicia el abordaje sobre los extremos de la imputación delictiva -materialidad de los hechos y autoría con el descarte de peso convictivo a la versión exculpatoria expuesta por el imputado en ejercicio de su defensa material.

Esta actitud asumida por el juzgador implica de por sí un error en el silogismo deductivo que debe acompañar la decisión jurisdiccional, dado que quien resulta sometido a un proceso judicial por haber sido sindicado como presunto responsable de un hecho delictivo, goza de un estado de inocencia cuya destrucción corre por cuenta del órgano acusador –público o privado-. Es decir, el imputado no tiene el deber de probar que es inocente, sino que serán las pruebas arrimadas a la causa las que, correctamente interpretadas y ponderadas conforme a las reglas de la sana crítica, permitan generar en el juzgador el estado subjetivo de certeza positiva necesario para superar el estado de duda razonable y, en consecuencia, emitir razonadamente un pronunciamiento condenatorio (art. 2 del C.P.P.).

En segundo término, entiendo que la valoración efectuada por el sentenciante sobre un elemento de prueba que resulta determinante para la presente causa, como resulta ser la declaración de la menor en Cámara Gesell, tampoco ha sido la adecuada.

Al respecto, el tribunal se limita a referir que la menor «[r]elata las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se llevaron a cabo los hechos. Las distintas formas en que fue abusada desde los simples toqueteos hasta el roce del pene de su padre en su cuerpo, y el intento de éste de penetrarla no logrando hacerlo en forma completa» y que su testimonio resulta «[c]reíble y aporta datos significativos para la determinación de la verdad real» además de «[c]oherente, sin contradicciones e inalterable en el tiempo» (fs. 509 y vta.) sin brindar ningún tipo de explicación al respecto, basándose solamente en la correspondencia con lo informado por la psicóloga –Lic. ...– que entrevistó a la víctima e intervino en su declaración en marco de la Cámara Gesell (fs. 40/41 y su rectificación de fs. 76).

Vale decir, en ningún pasaje de los fundamentos del fallo de condena, el sentenciante se encarga de analizar integralmente la declaración de la menor, ya que ni siquiera replica en ellos, con el nivel de análisis que resulta esperable para este tipo de casos, en qué consistieron efectivamente los comportamientos abusivos. No aclara, ni tampoco explica, de qué manera se produjeron los tocamientos, qué lugares del

cuerpo de la víctima resultaron alcanzados por los acometimientos del acusado, en qué consistió la intención de penetración a la que hizo mención la víctima en su testimonio, si la misma fue en la zona anal, vaginal u oral, o si se trató de actos análogos como puede ser la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, etc. Sólo se contentó con señalar la impresión que le causó su relato, alcanzado conclusiones que no se encuentran respaldadas en un razonamiento acorde a las exigencias legales.

Lo anteriormente dicho tiene importancia en la solución que aquí se propone ya que la actividad probatoria exige de parte del juzgador no sólo precisar cuál es el grado de corroboración que cada instrumento de prueba aporta respecto de las hipótesis enfrentadas en la contienda judicial sino, además, determinar cuál es el nivel probatorio que resulta suficiente para tener por acreditadas las proposiciones fácticas que sustentan específicamente la hipótesis acusatoria.

En ese sentido, vale destacar que si bien resulta cierto que en materia de abusos sexuales infantiles deben adaptarse las reglas de valoración de acuerdo al contexto en el que se producen estos delitos, de ninguna manera puede interpretarse que ello signifique disminuir el grado de certeza probatorio requerido para el dictado de una sentencia condenatoria.

Lo expuesto, no significa que valorativamente corresponde descreer de los dichos manifestados por la niña en oportunidad de efectuar la Cámara Gesell. Sólo que su análisis interpretativo no puede ser llevado a cabo del modo en que lo hizo el tribunal interviniente. Prueba de ello es que, aún cuando la menor refirió un hecho en el que supuestamente el imputado habría intentado accederla carnalmente, no existió en la sentencia un razonamiento que, a través de corroboraciones periféricas, permita tener comprobado esa circunstancia y, en consecuencia, justificar el peso probatorio asignado a su relato.

En esa línea, cabe mencionar que tampoco ha sido valorado el contenido de la evaluación clínica y el examen físico que le fuera practicado a la menor durante la investigación penal preparatoria (fs. 31), pese incluso a que el profesional actuante –Dr. ...– declaró durante el juicio. Repárese en que también aquí nos encontramos ante un elemento de prueba esencial para la causa.

Por consiguiente, entiendo que el método de valoración de la prueba utilizado por el sentenciante en el sub lite no se corresponde con los postulados que integran el sistema de la sana crítica racional –lógica, psicología y experiencia– (art. 206 del C.P.P.), vicio que determina la nulidad del acto atacado a los términos del art. 416 inc. 4 del C.P.P.

b.2. En segundo lugar, estimo que acierta el recurrente cuando se queja de la falta de motivación suficiente del acto sentencial acerca de la aplicación de las figuras delictivas utilizadas para encuadrar normativamente los hechos contenidos en la acusación.

Al respecto, más allá de las conclusiones alcanzadas en el apartado precedente, considero que el tribunal de sentencia incumple también con su obligación legal de fundamentación, al no exponer de un modo claro, completo y suficiente, cuáles fueron las razones que lo llevaron a considerar que los hechos juzgados resultaban contenidos íntegramente en los tipos penales aplicados. Existe una indeterminación legal que resulta relevante en las imputaciones dirigidas al acusado.

Del repaso de los argumentos expuestos sobre esta cuestión se observa que el sentenciante recurre una explicación que, por un lado, se aparta de la plataforma fáctica tenida por históricamente cierta, y, por otro, no resulta satisfactoria desde el punto de vista de la lógica jurídica para verificar la coincidencia entre lo que los tipos prevén y aquello que el sujeto hizo.

En cuanto al abuso sexual con acceso carnal, en un número indeterminado de hechos, los jueces se limitaron a explicar que «[a]creditado que el encartado S. ha realizado[...] accesos incompletos a su hija

menor, aprovechándose de que al ser menor no podía dar libremente consentimiento para esos actos[...]» (ver fundamentos, fs. 509 vta./510), sin dar los motivos por los que consideró que se encontraban reunidos los aspectos objetivos y subjetivos requeridos por la figura delictiva. Basta en este punto con mencionar la ausencia de fundamentación acerca del supuesto acceso carnal, y de la indeterminación de la cantidad de los mismos.

La misma reflexión cabe en cuanto al delito de abuso sexual gravemente ultrajante. Tratándose de un ilícito que presenta ciertas y particulares características, que lo colocan como un tipo intermedio entre el abuso sexual simple y con acceso carnal, no puede prescindirse de brindar explicaciones suficientes para calificar así los comportamientos enjuiciados.

Nada de esto aparece mencionado en el acto sentencial, lo que se traduce sin ninguna duda, en un déficit de fundamentación.

Con lo cual, en el mismo sentido al de las conclusiones alcanzadas en el punto antecedente, estimo que la resolución criticada presenta una falta de fundamentación, por presentar una enunciación de motivos acerca de las calificaciones legales que luce desprovista de toda fuerza de convicción, esto es, con una motivación insuficiente para demostrar la corrección de la decisión sobre este extremo adoptada.

Cabe poner de manifiesto que lo aquí resuelto en modo alguno implica dudar de la existencia del hecho objeto de la acusación o de su calificación legal, sino sólo descalificar la fundamentación sobre tales puntos. Sino sólo que la ausencia de motivación del acto sentencial sobre tales extremos es causal de su nulidad, en tanto determina la carencia en la pieza impugnada de un elemento esencial para que pueda ser reconocida como acto jurisdiccional válido.

4.2. Por todo ello, y oído el señor Procurador General, debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, admitir el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO.

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

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la Sentencia N° 241 de fecha 24 de agosto de 2.018 (fs. 503 y vta.) y sus fundamentos (fs. 506/510 vta.), y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las cosas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 512/516 vta. por la defensa de L. A. S. y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la Sentencia N° 241 de fecha 24 de agosto de 2.018 (fs. 503 y vta.) y sus fundamentos (fs. 506/510 vta.) dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de los autos N° P-84.372/16.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).
- 3.- Imponer las cosas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. ... para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 3 de mayo de 2019.-

11- TORO. 15-05-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcTMN.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo y 12 del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Fundamentación. Sana crítica racional. Violencia de género. Testimonio de la víctima.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo y 12 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) por entender que la resolución cuestionada adolece vicios formales y sustanciales y formula reserva de caso federal. Sostiene que no se ha valorado las diversas testimoniales rendidas en el debate; a la vez que, no consideró las contradicciones en la declaración de la víctima. Sostiene que se ha invertido la carga probatoria al trasladar al imputado una responsabilidad procesal que incumbe al Ministerio Público Fiscal. Se agravia por ausencia de motivación en la determinación judicial de la pena.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Sostiene que el juzgador contó con elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida. La queja constituye una discrepancia con la valoración efectuada por el magistrado. Y que el juzgador contempló circunstancias agravantes y atenuantes para fundamentar la pena.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso incoado.

Menciona que la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento de la sentencia como acto jurisdiccional válido. La sentencia ha sido obra de la razón, siendo la lógica la que ha gobernado el juicio del tribunal, permitiendo así, llegar al estado conviccional de certeza necesario para dictar una sentencia de condena. Entiende que el tribunal ha brindado los motivos por los que otorgó credibilidad al relato de la víctima.

Sostiene que la violencia contra las mujeres por razones de género merece especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima.

Respecto a la violación a los principios de la sana crítica racional, advierte que la defensa expresa este agravio en forma genérica sin referir concretamente cómo se contrarían los principios que invoca.

A idéntica conclusión arriba respecto del agravio relativo a la ausencia de motivación de la pena impuesta. Si bien la fundamentación es escueta, la misma ha sido impuesta ponderando los parámetros establecidos en los artículos 40 y 41 del CP y dentro de la escala aplicable.

En su voto el **Dr. Adaro adhiere** y agrega que en materia de violencia contra las mujeres adquiere especial relevancia al momento de acreditar los hechos la declaración de la víctima y las pruebas indirectas toda vez que en muchas ocasiones no se cuenta con testigos.

Párrafo destacado

“debe tenerse presente que el principio de unidad de la prueba inherente al sistema de la sana crítica impone como regla de consideración de la prueba en su conjunto. Ello en tanto, muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que, individualmente estudiadas, pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 393-243, 382-107, 381107 y LS 381-233).”

“la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de valoración de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima teniendo en cuenta, en el contexto valorativo, la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres”

Resolución cuestionada: Sentencia N° 274, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

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

(F.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04635882-6/1((018602-19374)) FC/ T. M. N. F P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (19374) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104719541*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04635882-6/1 caratulada "F. C/ T. M., N. F. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa de N. F. T. M. interpone recurso de casación (fs. 711/742) contra la Sentencia N° 274, que condenó al nombrado a la pena de siete años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal (art. 119, 3° párrafo y 12 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La resolución resistida ha tenido por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio de fs. 497/503 vta., que da cuenta que el 9 de febrero de 2016, a las 7:30 horas, la víctima A. M. S. T., fue sorprendida desde atrás por N. F. T., quién sin mediar palabra, le tapó la boca y la hizo ingresar por la fuerza a la habitación N° 2 del Hospedaje..., sito en calle ... de Ciudad, donde en tono agresivo le dijo «no quiero que grites». Luego, con violencia, la tiró sobre la cama y se le colocó encima, mientras la víctima intentaba sacarlo y le pedía que la dejara. Al mismo tiempo T. le sacó las calzas que llevaba puestas y luego su bombacha, penetrándola en varias oportunidades vía vaginal hasta que eyaculó. La víctima intentó irse y T. la amenazó «más vale que no le cuentes a nadie porque sino tu hermana la va a pasar peor, más vale que no digas nada porque sino tu familia lo va a pagar»

Para así decidir el Tribunal valoró entre otros elementos, la declaración testimonial de D. D.a S. T., de S. G. T. M., de R. T. R., del licenciado del Cuerpo Médico Forense C. H..

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del art. 474 incisos 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Afirma que en la sentencia cuestionada no se advierte actividad valorativa de los elementos probatorios. En ese sentido manifiesta que el juzgador no ha valorado las diversas testimoniales rendidas en el debate; a la vez que, no consideró las contradicciones en la declaración de la víctima A. M. S. T..

Por ello considera que el acto sentencial impugnado resulta nulo. Sostiene que se ha invertido la carga probatoria al trasladar al imputado una responsabilidad procesal que, en virtud del principio de inocencia, incumbe al Ministerio Público Fiscal.

Se agravia por ausencia de motivación en la determinación judicial de la pena y refiere que el sentenciante ha realizado una remisión a los argumentos brindados por el fiscal de cámara durante los alegatos.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 753/754, contesta la vista el Procurador y aconseja el rechazo del remedio intentado. Ello toda vez que según surge de los fundamentos de la sentencia impugnada, el juzgador contó con elementos de convicción suficientes para lograr la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria. Además, considera que la queja interpuesta por el defensor técnico de T. M. constituye un disenso o discrepancia con la valoración efectuada por el magistrado de anterior instancia, atacando esencialmente el valor convictivo otorgado a las testimoniales. En cuanto al agravio referido a la falta de fundamentación de la pena impuesta, estima que si bien los fundamentos son escuetos, el juzgador contempló circunstancias agravantes y atenuantes que lo condujeron a considerar justa y equitativa la pena de siete años impuesta a T. M..

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, entiendo oportuno destacar que la motivación es suficiente a los fines del mantenimiento de la sentencia como acto jurisdiccional válido, toda vez que reviste los caracteres de clara, completa, expresa, legítima y lógica (L.S. 399:210, 386:156 entre otros).

A ello agrego conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la sentencia, como todo acto jurisdiccional debe ser interpretado en forma integral y por ende, sus fundamentos no deben ser examinados en forma aislada o fragmentada, a los efectos de determinar si contiene o no motivación válida, basada en pruebas valoradas dentro del sistema de la sana crítica racional (artículo 206 del CPP). Asimismo, debe tenerse presente que el principio de unidad de la prueba inherente al sistema de la sana crítica impone como regla de consideración de la prueba en su conjunto.

Ello en tanto, muchas veces la certeza se obtiene de probanzas que, individualmente estudiadas, pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados (L.S. 393-243, 382-107, 381107 y LS 381-233). En el relevamiento que vengo realizando, no debe soslayarse que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de valoración de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima teniendo en cuenta, en el contexto valorativo, la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres. En definitiva, en materia de violencia de género se impone una valoración probatoria conforme a los parámetros establecidos por la ley 26.485, ponderándose a tal fin el contexto de violencia en el que podría estar inmersa la víctima de acuerdo a todos los indicios que surjan de la causa. Considerando los parámetros antes consignados, entiendo que el tribunal ha brindado los motivos por los que otorgó credibilidad al relato de la víctima, el que a criterio del a quo el relato resultó sincero y despojado de toda intención de perjuicio en contra del imputado. Reforzó su convicción la seguridad de la víctima durante realización de la medida de inspección ocular, solicitada a instancia de la defensa del encartado (fs. 621), y en donde pudo advertirse cómo A. S. T., describió detalladamente los lugares por los que transitó el día del hecho. Así el a quo entendió que el testimonio superaba el test de credibilidad por cuestiones que tornaban coherente el contenido de su

narración. Agregó, de manera apropiada según lo entiendo, que los dichos de la menor se vieron corroborados con la declaración de su hermano S. S. T., que confirmó punto por punto cada uno de los aspectos detallados por la niña. A su vez, el testimonio de la madre de la víctima, S. G. T. M. ratificó los dichos de su hija, a la vez que coincidió en las razones por las cuáles la víctima se demoró en contarle lo sucedido, dado que ella (la madre) se encontraba con algunos problemas de salud. Por otro lado, el Lic. C. H. del CMF, sostuvo que el relato de la niña no presentó signos de fabulación, a la vez que presentó indicadores específicos de haber sido sometida a una situación de abuso sexual. En idéntico sentido, y según el testimonio de la Lic. M. F., la situación vivida impactó en el ánimo de la menor que presentó episodios de angustia y llanto. La profesional resaltó la total credibilidad del relato de la niña. Del examen de todos estos elementos probatorios y de su valoración conjunta me permiten concluir que la defensa no puede suplir con afirmaciones personales y carentes de sustento probatorio, las opiniones de los especialistas en salud mental, que han llevado al juzgador, junto con la ponderación de los demás elementos probatorios al grado de conocimiento necesario para dictar una sentencia condenatoria. En efecto, entiendo que el inferior ha superado todo estado de duda, luego de realizar un detallado análisis de las pruebas, las que a su vez ha relacionado unas con otras, conforme a lo que esta Sala sostiene en forma reiterada, respecto del modo en que las pruebas deben ser valoradas (L.S. 388:219; 399:105). Además, la decisión jurisdiccional ha sido obra de la razón, siendo la lógica la que ha gobernado el juicio del tribunal, permitiéndole así llegar al estado conviccional de certeza necesario para dictar una sentencia de condena. Ello permite sostener que el quejoso incurre en una serie de falencias en tanto resiste el acto sentencial sin formular precisiones concretas, ni desarrollo alguno de sus cuestionamientos, sosteniendo de modo genérico que en la fundamentación no se han valorado las contradicciones en las que incurrió la víctima y que los diversos testimonios son parcializados en perjuicio al imputado (fs. 727 vta.). también incurre en el mismo defecto cuando sostiene que el juez pretende tener por acreditada en autos el abuso denunciado sin analizar profundamente las testimoniales (fs. 730 vta.). Además de ello, la defensa expone una hipótesis defensiva, que no encuentra sustento en las probanzas de la causa al alegar que se formuló la denuncia contra su asistido, porque éste no cumplió con la promesa de comprarle un celular a la víctima y a su hermano. Por otro lado, considera que se ha violado el derecho de defensa por haber incurrido el juzgador en la inversión de la carga probatoria (fs. 733 vta.), más no indica ni precisa de qué modo se habría producido, cuestión que impide el debido contralor, al carecer de elementos que habiliten la revisión. Respecto a la violación a los principios de la sana crítica racional, advierto que la defensa expresa este agravio en forma genérica sin referir concretamente cómo se contrarían los principios que invoca, limitándose a expresar que la sentencia ha omitido valorar puntos relevantes de las pruebas, lo que la torna nula, sin señalar cuáles son esas pruebas relevantes, y de qué manera debió el inferior valorarlas. Estas razones me conducen al rechazo de los vicios formales alegados, en coincidencia con lo dictaminado por el Procurador de la Corte. A idéntica conclusión arribo respecto del agravio relativo a la ausencia de motivación de la pena impuesta a T. M..

Agotando la capacidad de revisión, advierto que el juez ha ofrecido razones suficientes para arribar al quantum de penalidad aplicado, tenido suficientemente en cuenta los elementos mencionados en los artículos 40 y 41 del CP para arribar a una solución justa.

Es que si bien la fundamentación es escueta en orden a la determinación judicial de la pena, la misma ha sido impuesta ponderando los parámetros establecidos en los artículos 40 y 41 del CP y dentro de la escala aplicable. La pena impuesta se encuentra muy cercana al mínimo (seis años de prisión), y para su determinación se ponderó especialmente como circunstancias agravantes la edad de la víctima, la

gravedad de los hechos; a la vez que se consideró relevante que el imputado era hermano del pastor de la iglesia a la que concurría la familia de la víctima, y en ese contexto se aprovechó de ese parentesco para realizar los actos que se le reprochan. Respecto de las atenuantes el inferior concluyó que eran pocos los elementos que aminoraban la intensidad del reproche, concretamente consideró la falta de antecedentes del imputado. D

e tal manera la crítica tampoco en este aspecto puede prosperar al desarrollar los motivos por los cuales estima que las circunstancias agravantes no son tales, o que debieron ser valoradas en otro sentido o que existe algún vicio concreto a su respecto o, si existían elementos que hubiesen permitido atenuar la pena a imponer. Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto la solución a la que arriba mi colega de sala y entiendo oportuna recordar que la adopción de tal mirada de «género» no importa en materia procesal el menoscabo del valor que a cada prueba debe asignarse, sino una particular visión en el modo de valorar cada una de los elementos probatorios de manera tal que un mismo indicio puede tener un distinto valor de acuerdo a la naturaleza del caso.

De esta manera en materia de violencia contra las mujeres adquiere especial relevancia al momento de acreditar los hechos la declaración de la víctima y las pruebas indirectas toda vez que en muchas ocasiones no se cuenta con testigos (ver al respecto «**Italiani**», «**Merlo Lassa**», entre otros). Considero que tal estándar ha sido acertadamente aplicado por el juzgador al momento de ponderar los elementos convictivos incorporados a la causa, llevando a cabo una relación y valoración integral de aquéllos y confrontándolos con la versión defensiva aportada por el imputado («**Cruz Ureta Franco Ariel, Ureta Navarro Damian**»). ASI VOTO.

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

obre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE: 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 711/742, por la defensa de N. F. T. M.. 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. A. M. y E. R. I. para su oportunidad. 3.- Tener presente la reserva federal formulada. 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de mayo de 2019.-

12- LUENGO. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	M	M	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcLCJF.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP, Art. 416 inc. 4 CPP. Ley 26.485

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Testimonio de la víctima. Recurso de casación.

Summa:

El **TPC absolvió** a J. F. L. C. del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP) por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

El **Fiscal** de la Novena Fiscalía de Instrucción de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual interpone recurso extraordinario de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). contra la sentencia absolutoria por adolecer vicios in procedendo. Entiende que carece de motivación suficiente conforme lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 de nuestra ley de rito, por lo que luce arbitraria por falta de valoración de las pruebas consideradas determinantes. El plexo probatorio no ha sido analizado conforme a las reglas de la libre convicción o sana crítica racional, no resultando la decisión una derivación razonada de las pruebas rendidas y del derecho vigente

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos oportunamente vertidos por el recurrente.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Fiscal titular de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual y, en consecuencia, anular el debate, la Sentencia N° 86 y sus fundamentos debiendo remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento. Advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio, con prescindencia de una mirada integral de la problemática, incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485. Se observa la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del CPP Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 86, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

Doctrina

DI CORLETO, Julieta «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 6.

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

(F.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04412867-9/1((018601-90563)) FC/L. C. J. F. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (90563) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104492813*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04412867-9/1, caratulada “F. C/ L. C., J. F. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

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

El representante Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación (fs. 284/291) contra la Sentencia N° 86 (fs. 273) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a J. F. L. C. del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP) por el beneficio de la duda (art. 2 del CPP) en la causa N° P-90.563/14.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, absolvió a J. F. L. C. del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP) por aplicación del principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP). Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente entendió que no se encontraba probada –con el grado de certeza propio de una sentencia de condena– la existencia material del hecho objeto del proceso, en tanto consideró que el relato de los hechos brindado por M. B. Q. N. no reunían los criterios de credibilidad y no encontraba sustento probatorio en otro elemento de juicio. En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica que se consideró insuficientemente probada (conforme el requerimiento de citación a juicio de fs. 182/186), de la cual surgiría «Que el día 29 de agosto del 2014, siendo aproximadamente entre las 18:00 hs. y las 19:00 hs., el imputado J. F. L. C. arribó junto a M. B. Q. N. en una motocicleta a..., y luego de traspasar la cartelería de ingreso se detuvieron, descendiendo de la motocicleta, caminaron unos metros, oportunidad en que L. C. tiró una frazada en el suelo, lugar en el que comenzaron a besarse. Seguidamente, M. Q. le manifestó que se detuviera, y J. F. L. C. quiso abrazarla nuevamente, por lo que M. le reiteró que parase, entonces el imputado la empujó quedando la víctima acostado boca arriba. Luego, J. F. L. se subió arriba de M. y comenzó a tocarle los pechos, le subió la ropa y continuó tocándola, le empezó a bajar la calza, y pese a la resistencia que opuso la víctima, L. le saco dicha prenda y la ropa interior, se subió encima y le introdujo el pene en la vagina hasta eyacular. Al cabo de unos minutos, J. F. L. la dio vuelta, colocándola boca abajo, y la penetró nuevamente por la vagina, para posteriormente introducirle el pene por el ano y la vagina hasta volver a eyacular. Finalmente, la hizo arrodillar mientras él se paró, la agarró de los pelos, la acercó a su pene y le hizo practicar sexo oral durante unos minutos». Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente valoró como relevante la versión de los hechos brindada por el imputado en oportunidad de ejercer su defensa material, la declaración testimonial de la víctima, M. Q. y demás elementos de juicio incorporados en el debate.

II.- Recurso de casación

El Fiscal de la Novena Fiscalía de Instrucción de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme el inciso 2 del art. 474 CPP Mendoza, esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in procedendo. Entiende en este sentido que la sentencia cuya impugnación propicia carece de motivación suficiente conforme lo dispuesto por el art. 416 inc. 4 de nuestra ley de rito, por lo que luce arbitraria por falta de valoración, en su justa medida y dimensión, de las pruebas consideradas determinantes. Entiende que este plexo probatorio no ha sido analizado conforme a las reglas de la libre convicción o sana crítica racional, no resultando la decisión una derivación razonada de las pruebas rendidas y del derecho vigente. En este orden de ideas, destaca el recurrente que el juez sentenciante luego de realizar una minuciosa descripción del relato brindado por L. C., realizó una enumeración exigua del resto de la prueba rendida, limitándose a mencionar las declaraciones prestadas en audiencia de debate por M. Q. y por el Dr. O. A. A. agrupando, párrafo seguido, el resto de la prueba instrumental.

Agrega que luego de referir sucintamente que en la etapa de la discusión final ese Ministerio Público Fiscal mantuvo la acusación del imputado, sin hacerse cargo de sus argumentos, efectuó una transcripción casi completa de las consideraciones efectuadas por la defensa técnica de L. C. al formular los alegatos, al punto de hacer suyas las valoraciones defensivas, fundando lo resuelto con esos mismos argumentos. Considera que ello no resultaría cuestionable, sino se advirtiera que en sus fundamentos el sentenciante incurre en una merituación parcializada de los elementos llevados a debate, omitiendo las consideraciones efectuadas por su parte oportunamente.

En este sentido, destaca que al expresar las conclusiones finales, dedicó gran parte de su exposición a explicar por qué motivos debía desestimarse lo expresado por el imputado en su descargo, explicando suficientemente, con fundamento en la prueba reunida, las razones por las que entendía que el descargo del imputado era claramente insuficiente e inverosímil. Se agravia porque estas conclusiones, no fueron valoradas por el sentenciante, quien consideró lisa y llanamente como creíble la interpretación que hizo el imputado de su propia conducta. Sostiene que el juez a quo valoró, sin más, que «el imputado fue enfático» en su relato, estimando atendible las motivaciones que -según expresara L.- habrían conducido a la víctima a denunciarlo. Entiende el recurrente, que el sentenciante soslayó la oportunidad en que declaró L. C., ya que no consideró que brindó su descargo cuando ya se había producido la totalidad de la prueba de cargo extremo que, a todas luces, le permitió construir su defensa en pos de mejorar su particular situación procesal, direccionando sus argumentos defensivos en los puntos en los que el relato de la víctima podía evidenciarse más débil.

Finalmente sostiene en este punto que -conforme se advierte de la simple observación de las imágenes contenidas en la videofilmación- la declaración prestada por el encartado en audiencia de debate, se evidenció como un testimonio aprendido de memoria y dirigido, que lejos de reunir las pautas de un testimonio creíble y verídico, reflejó tensión interna y nerviosismo en el lenguaje corporal de su emisor. Del mismo modo, y en relación al testimonio prestado por M. B. Q., sostiene el recurrente que el sentenciante no atendió los argumentos esgrimidos por su parte en el desarrollo de los alegatos, en relación a los motivos por los cuales debía considerarse creíble la versión de los hechos brindada por la víctima. Agrega que el a quo concluyó -contrariamente a lo sostenido por su parte- que «resultan confusas, cuando no contradictorias las expresiones vertidas por M. B. Q. N. al prestar declaración en la audiencia de debate».

Destaca que si bien el sentenciante reconoció que el punto a dilucidar giraba en torno a la discordancia existente respecto al «consentimiento de la denunciante» para el acto sexual cuya ocurrencia fue probada en forma indubitable, entendió que la única prueba directa de la falta de consentimiento fueron los dichos de M. B. Q. Entiende el recurrente que a partir de este razonamiento, y en forma absolutamente infundada, el sentenciante esbozó su duda, lo cual lo habilitó para sostener la absolución del imputado, sin explicar por qué motivo dicha duda puede erigirse en penalmente relevante frente a la acusación sostenida para poder desestimarla.

Precisa en este sentido, que el juez a quo tras destacar las coincidencias existente en las declaraciones de la víctima y el imputado, señaló las discordancias, siendo en este párrafo donde el magistrado incurre en una simplificación del análisis de dichas pruebas testimoniales, tanto a la luz de las reglas que rigen la sana crítica racional, como de la sistemática que ofrece la dogmática penal para resolver casos de la naturaleza del presente. Sostiene que luego de dar relevancia a la versión de los hechos brindada por el imputado, el juez de grado analizó el testimonio de C. Q. señalando los puntos que –a su criterio– aparecían como débiles en su relato, entre ellos, la pretendida falta de reacción por parte de la víctima, y demás actitudes anteriores y posteriores al hecho. Agrega que el a quo no ponderó como pautas de credibilidad del relato de C. Q., circunstancias tales como la inmediatez de la denuncia, la persistencia en la incriminación, el malestar y el alto grado de afectación que evidenció al tener que recordar y exponer los hechos vivenciados después de varios años, como así también, los rasgos de su personalidad, conforme se desprende del examen psicológico realizado a la víctima, en donde se destaca la dependencia e inseguridad, la vulnerabilidad emocional y la escasa capacidad de imponer límites. En virtud de ello, entiende que la duda esgrimida por el a quo resulta –a su criterio– vaga e imprecisa, y absolutamente irrelevante y carente de virtualidad suficiente como para excluir la existencia del hecho y la responsabilidad penal del imputado en el delito enrostrado. Ello, frente al contundente testimonio brindado por la víctima en autos, el que fue avalado por el referido informe psicológico agregado al debate, el que da cuenta que C. Q. no reveló aristas de mitomanía ni fabulación. Por último, destaca que el sentenciante soslayó las características de personalidad del imputado derivada de su examen psíquico, las cuales fueron valoradas por su parte, a la luz del resto de los elementos probatorios, como indicios de personalidad. En virtud de lo expuesto, solicita se case la sentencia de conformidad al art. 485 del CPP y, en su consecuencia, se condene al imputado J. F. L. C. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP).

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos oportunamente vertidos por el recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

En adelantando de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe hacerse lugar al recurso casatorio impetrado. Doy razones.

Conforme surge de la sentencia impugnada, el magistrado interviniente no consideró acreditados los hechos objeto del proceso y en virtud del principio in dubio pro reo absolvió al imputado. Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión no subyace un correcto análisis de las constancias de la causa, en particular, el testimonio de M. Q..

En efecto, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio, con prescindencia de una mirada integral de la problemática, incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31). En la misma dirección, resulta oportuno recordar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **CSJN in re «Leiva, María Cecilia»**, entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad. Por otro lado, entiendo oportuno reiterar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de víctimas y agresores en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el precedente “González, Mauricio”. Destaqué en tal oportunidad, en relación a las víctimas mujeres, que cualquier contradicción en su relato o la ausencia de pruebas que evidencien una oposición expresa por parte de la mujer abusada, son elementos que pueden incidir en la forma que se investiga y juzga los delitos contra la integridad sexual. De la misma manera, estos estereotipos en la construcción del consentimiento de la víctima, constituyen la principal defensa en este tipo de hechos. De igual modo, y en cuanto a los prototipos de varones abusadores, señalé como uno de los principales mitos la creencia de que sólo los desconocidos comenten este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños.

Expresamente referí en la causa citada precedentemente que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos». De este modo, se advierte claramente cómo estas dificultades hicieron mella en el caso de marras y definieron la manera que tomó la decisión el juez de sentencia, lo que se tradujo en la omisión de valorar prueba decisiva y sin la necesaria perspectiva de género que el caso requiere. Así, el a quo frente a dos versiones de los hechos optó, sin ningún sustento objetivo, por darle relevancia probatoria a las circunstancias relatadas por el imputado J. F. L. C. en desmedro del testimonio brindado por la víctima M. B. Q., omitiendo toda consideración a las corroboraciones periféricas objetivas surgidas de otras pruebas y, principalmente, analizó el contexto valorativo sin la necesaria perspectiva de género que la temática demanda. De esta manera, las pretendidas contradicciones y ambigüedades del relato referidas por el juez de sentencia, sólo pueden ser interpretadas adecuadamente desde una cabal comprensión del fenómeno de violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones. En este sentido, resulta de utilidad el razonamiento que formula Di Corleto en razón de antecedentes de la Comisión IDH, quien considera que «las reglas probatorias más sensibles reconocen que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, en la medida en que éstas no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer» (Di Corleto, Julieta «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 6). En este orden de ideas, puede advertirse que el sentenciante además de no valorarla testimonial de M. Q. con la necesaria perspectiva de género, no ponderó que el relato de la víctima se mantuvo coherente en lo sustancial a lo largo de todo el proceso, como así también, la inmediatez en la formulación de la denuncia y, muy especialmente, omitió valorar el examen psíquico de la víctima, el que dio cuenta que no presenta indicadores de fabulación ni de mitomanía, como así también, aspectos de su personalidad, tales como que tiene una personalidad dependiente e insegura, con conductas sumisas que limitan su capacidad para imponer límites. Todos estos aspectos, según entiendo, constituyen en el contexto valorativo factores objetivos de corroboración de lo manifestado por Q. Es por ello, que los agravios de la parte recurrente encuentran asidero en el plexo probatorio incorporado legítimamente al debate, y que no fueron ponderados por el a quo, quien omitió toda consideración de los indicios apuntados, los que constituyen pautas serias de credibilidad del relato de la víctima. En definitiva, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho en la valoración de la prueba y, en especial, el testimonio de la víctima, constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en razón de su género y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales. Por otro lado, y en relación al principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género, debo señalar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» sostuve que, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan

de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». En suma, entiendo que lo analizado, pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del CPP Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido. Al respecto, nuestro máximo tribunal ha sostenido que «la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder» (CSJN fallos: 328:3399). Por las razones precedentemente expuestas, entiendo que el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual debe ser acogido en esta instancia y, en consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida. ASI VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la Sentencia N° 86 y sus fundamentos, debiendo remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 284/291 por el Fiscal titular de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual y, en consecuencia, anular el debate, la Sentencia N° 86 y sus fundamentos.
- 2.- Remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de mayo de 2019.-

13- SALDIVAR. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG				PCE										
VS	AM	NNA	-	IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190516_FcSRS.pdf

Lex: Art. 40, 41, art. 119, 4° párrafo, incs. “a” y “f” CP y 416, inc. 4°, 474 inc. 2° del CPP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Daño en la salud. Convivencia. Concurso Real. Amenaza. Valoración de la prueba. Sana crítica racional. Testigo indirecto. Fundamento del monto de la pena.

Summa:

El **TPC N°2** condenó al señalado a la pena de **veinte años de prisión e inhabilitación absoluta**, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el grave daño en la salud mental de la víctima y por la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos) todo en concurso real, y de promoción a la corrupción de menores triplemente agravado por la edad de la víctima, por la utilización de amenazas y por la convivencia, ello en concurso ideal, que se le atribuyen en el marco de los autos N° P-20.935/16 (art. 119, cuarto párrafo, incs. “a” y “f”, art. 55, art. 125, segundo y tercer párrafo, art. 54 y art. 12, todos del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Sostiene que agravia al sistema de la sana crítica racional la valoración de testigos indirectos y enemistados con el imputado. También interpreta que no se ha fundado suficientemente el monto de la pena aplicada.

El **Procurador General** entiende que no existe vicio in procedendo. Que en el tipo de delito en cuestión el testimonio de la víctima, como los informes psicológicos psiquiátricos de ella y del imputado, cobran un valor probatorio esencial. Dictaminando que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación

Resolución cuestionada: Sentencia N° 12, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha Jesús.20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- L.S. 388- 219; 381-233; 382-107; 388-219; 398-42; 401-188

b-CSJN:

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11: <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf#>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es
- Caso Bámaca Velázquez vs Guatemala. 25-11-00:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

Parágrafos destacados:

“/.../ el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, en cuyo caso, la pieza fundamental para la reconstrucción histórica –cuando hubiera– es el testimonio de la víctima, y los demás elementos de prueba son instrumentos de corroboración periférica, determinantes para otorgar –o desacreditar– credibilidad a sus dichos.- /.../ las características modales distintivas de este tipo de actos delictivos, radica en que su comisión se desarrolla –habitualmente– en ámbitos de privacidad, intramuros o aislados, por resultar éstos proclives para la consumación delictiva. Aspecto que, usualmente, provoca no sólo la ausencia de testigos directos del hecho sino, además, su desconocimiento por terceras personas. A lo que debe agregarse, a su vez, que no siempre dejan rastros que evidencian físicamente su producción, tales como lesiones o vestigios de material genético.- Esta situación descripta provoca, como se adelantó, que el testimonio de la víctima ostente un valor probatorio fundamental en la reconstrucción histórica de este tipo de sucesos.” (Dr. Valerio)

“A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho”. (Dr. Adaro)

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

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

(J.A.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04455337-0/1((018602-20935)) FC/S. R. S., M. F. C. V. P/ABUSO SEXUAL... (20935) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104535932*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04455337-0/1 caratulada "FC/ S., R. S. Y M. F., C. V. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL GRAVE DAÑO EN LA SALUD MENTAL Y POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE (EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS)... S/CASACIÓN".

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

A fs. 1105/1109 vta., el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 12 de fecha 8 de junio de 2.018 (fs. 1076/1077), y sus fundamentos (fs. 1079/1103), en cuanto condena a R. S. S. a la pena de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el grave daño en la salud mental de la víctima y por la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos) todo en concurso real, y de promoción a la corrupción de menores triplemente agravado por la edad de la víctima, por la utilización de amenazas y por la convivencia, ello en concurso ideal, que se le atribuyen en el marco de los autos N° P-20.935/16 (art. 119, cuarto párrafo, incs. "a" y "f", art. 55, art. 125, segundo y tercer párrafo, art. 54 y art. 12, todos del Código Penal); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada, y en cuanto aquí importa, el tribunal a quo consideró acreditado con el grado de certeza exigido para el dictado de un pronunciamiento condenatorio, los hechos contenidos en el auto de elevación a juicio, esto es, que «[p]ara fecha no determinada, pero aproximadamente desde el mes de Agosto del año 2006, S. R. S., en reiteradas oportunidades abusó sexualmente de la menor [S. N. V. M.], hija de su pareja C. V. M., con las que convivió en los domicilios ubicados en el Barrio ... de Las Heras, luego en el de ... Las Heras y por último en la vivienda de calle ... del mismo departamento. En efecto, éste abusó sexualmente de la niña, en reiteradas oportunidades desde que la misma tenía siete años de edad y hasta que la joven cumplió 15 años. Dichos episodios sexuales se reiteraron en incontables oportunidades, casi siempre de lunes a viernes en horario matutino, cuando C. V. M. se ausentaba de la vivienda para ir a trabajar, situaciones en las que el ciudadano S. tocaba a la menor de edad en los pechos, la vagina y la cola, para luego introducir su pene en la boca de la menor, sujetándola fuertemente de sus cabellos, obligándola así a practicarle sexo oral, intimidando a la niña mediante amenazas, para que ésta no contara lo sucedido, diciéndole que si llegaba a contarle a alguien, le pegaría a ella o a su mamá, amenazándola también de muerte, diciéndole que la iba a matar, que además la iba a encerrar y que se iba a quedar sin amigas, inculcándole éste a la menor que lo que hacían era un juego [...]. Además de ello, en fecha no

precisada, pero ubicable entre los días 2 y 7 de enero de 2015, cuando la menor [S. N. V. M.], se encontraba en su domicilio de calle ... de Las Heras, en horas de la mañana, una vez que su madre se retiró del mencionado domicilio para ir a trabajar, el ciudadano S. R. S., fue al dormitorio de la menor y la comenzó a insultar y a golpear, por lo que ésta se defendió, y ante ello, su padrastro fue al patio de la vivienda, ingresando nuevamente a la habitación de la niña, con una sogá en sus manos, la cual utilizó para atar a N. a la cama, luego procedió a sacarle la ropa, desnudándose él también, y una vez que le tapó con sus manos la boca, para que ésta no gritara, la accedió carnalmente por vía vaginal, produciéndose a causa de tal abuso el sangrado vaginal de la menor, por lo cual el ciudadano S. obligó a ésta a bañarse, luego de lo cual la amenazó diciéndole "...vos decís algo y te mato a tu hermano...". Luego del hecho relatado anteriormente, el imputado continuó accediéndola carnalmente vía vagina[1], sistemáticamente durante las mañanas, oportunidades en que la despertaba a los golpes, abusando de la misma, bajo amenazas de muerte, para lo cual también se valía de un cuchillo logrando de tal manera que la menor no se resistiera y demás no contara lo sucedido, hasta que finalmente la menor [S. N. V. M.] logró escaparse de su domicilio para fecha 24 de febrero de 2016, oportunidad en que radicó su denuncia [...]» (ver fundamentos, fs. 1079 vta./1080). Para llegar a esta conclusión, el tribunal de sentencia consideró que la totalidad de la prueba incorporada permitía concluir sobre la concurrencia de los hechos intimados y la participación del acusado en los mismos; en particular, valoró la correspondencia entre el testimonio dado por la menor en debate con su relato en Cámara Gesell. A su vez, estimó que sus expresiones resultaban respaldadas a través de los restantes elementos de prueba incorporados, en especial, con los testimonios de los integrantes de su entorno familiar materno –abuela y tíos–, e incluso de su novio. Cuadro probatorio que se completó con los informes y declaraciones de los profesionales que tuvieron intervención en el abordaje del caso, entre otras probanzas de la causa.

Tales hechos fueron jurídicamente calificados como abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por el grave daño en la salud mental de la víctima y por la situación de convivencia preexistente (en un número indeterminado de hechos) todo en concurso real, y de promoción a la corrupción de menores triplemente agravado por la edad de la víctima, por la utilización de amenazas y por la convivencia, ello en concurso ideal, encuadre típico no cuestionado por la defensa.

2.- El recurso de casación

El recurso de casación deducido por la defensa del acusado se basa en el inciso 2 del art. 474 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de **vicios in procedendo**.

Señala la letrada que el tribunal de sentencia ha realizado una **valoración arbitraria de la prueba** rendida en las presentes actuaciones, vicio que determina un déficit de motivación por presentar el decisorio en crisis una fundamentación que no cumple con los requisitos de suficiencia, logicidad y completitud.

Para fundar su argumento refiere que la sentencia repara erróneamente en las testimoniales rendidas en debate, siendo que la mayor parte de quienes declararon fueron testigos indirectos –familiares de la menor– que, no sólo no presenciaron ninguno de los sucesos vinculados con los abusos sexuales denunciados, ni sospecharon lo que estaba sucediendo sino que, además, se expresaron con una manifiesta enemistad con el acusado. Por otra parte, considera que la declaración de la menor resulta deficiente para fundar la responsabilidad del acusado.

Así la circunstancia narrada por ella, en la que afirma que los supuestos abusos se habrían cometido durante las horas de la mañana, de lunes a viernes, impide vincular al enjuiciado con ellos, porque durante esos períodos de tiempo, la joven se encontraba en la escuela y no en su casa.

En ese sentido, agrega que las constantes separaciones de la pareja del imputado con la madre de la menor, determinaban que el acusado no permaneciera en ese inmueble durante largos períodos de tiempo.

Tras descartar la existencia de prueba que vincule a S. con los hechos investigados, y referir que éstos no pudieron tener lugar en el momento en que los sitúa la menor, refiere que la joven denunció a su padrastro para lograr la libertad para poder salir y mantener encuentros con su novio. Cuestiona también la interpretación del informe del Cuerpo Médico Forense.

A su criterio, que la menor haya presentado himen desflorado de antigua data, sumado a la inexistencia de lesiones anales o vaginales, corrobora que efectivamente mantuvo relaciones sexuales con alguna persona, pero que no necesariamente tuvo que ser con el acusado.

En función de lo expuesto, por la circunstancia de no haberse arribado al estado de certeza probatoria requerido para una sentencia de condena, solicita su anulación y el reenvío de la causa a la instancia oral a fin de la sustanciación de un nuevo juicio.

En forma subsidiaria, la recurrente sostiene que la pena aplicada es arbitraria, por ser excesivamente superior al mínimo de la escala penal, y por no haberse tenido en cuenta, como atenuantes, la edad, la falta de antecedentes penales y la conducta posterior a la denuncia del imputado, quien se sometió espontáneamente al proceso.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras analizar la procedencia y evaluar los agravios expresados por la recurrente, estima que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado. En ese orden, expresa que en los casos de abuso sexual, que son hechos que suceden en la intimidad, y fuera de la observancia de terceros, la valoración probatoria resulta ser más amplia que en otros casos.

Motivo por el cual, el testimonio de la víctima, así como los informes psicológopsiquiátricos de ella y del imputado, cobran un valor probatorio esencial. Refiere que el tribunal a quo privilegió el testimonio directo de la víctima, quien relató con detalle y precisión los diversos hechos de abusos cometidos por su padrastro, de modo coincidente con el contenido de la denuncia.

En relación al valor de su declaración, sostiene que sus dichos encuentran respaldo en los testimonios de los familiares de la víctima, como también, con los informes del EPASSI, de la UIC, del CMF, de la psicopedagoga de la escuela, y de las declaraciones de los profesionales de estos organismos. Además, remarca el perfil psicológico compatible con la conducta denunciada que le fuera constatado al imputado a través del examen psíquico practicado.

En relación a las circunstancias temporales en que se produjeron los abusos, expresa que la víctima las explicó con claridad durante el debate, al decir que se repitieron no muchas veces en la semana porque iba a la escuela en la mañana y dos veces a la tarde.

Por último, descarta la duda instalada por la defensa respecto de los resultados del examen físico de la menor. Manifiesta que el dato sensible del himen desflorado de antigua data, al ser valorado junto con el resto de la prueba reunida, se condice con el relato de la víctima cuando recordó en cuál de los episodios de abuso sexual había sangrado y, por ende, perdido su virginidad.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

De acuerdo con las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, estimo que el recurso de casación promovido por la defensa técnica del acusado no puede prosperar en

esta instancia, ya que no logra conmovir la validez de la resolución en crisis como acto jurisdiccional válido.

En sustento de su reclamo, la impugnante se agravia de la sentencia bajo examen por considerar que en ella se vulneran aquellas normas vinculadas a la valoración de la prueba y la determinación de la pena. Motivo por el cual, los tópicos que aquí se analizarán son: por un lado, si la motivación del acto sentencial, en cuanto a la interpretación del plexo probatorio reunido, resulta ajustada a las exigencias legales; y, por otro, si el monto de pena aplicado al acusado se encuentra debidamente fundado, de acuerdo a la escala penal que resulta aplicable al caso. Veamos.

4.1. Acerca de la valoración de la prueba

Como primer motivo de impugnación, la recurrente afirmó que la motivación del acto sentencial no cumple con los requisitos exigidos por la ley, en tanto no resulta completa, legítima ni lógica, lo que se traduce en su nulidad a los términos del art. 416, inc. 4° del CPP.

En esa línea aduce que, durante el curso del debate, no surgió prueba objetiva que permita vincular al imputado con los hechos investigados, porque (a) el relato de la víctima no resulta consistente para explicar debidamente los comportamientos juzgados ni la autoría del imputado; y, (b) la mayoría de los testigos que prestaron declaración, eran familiares de la menor, cuyos testimonios estuvieron cargados de un sentimiento de enemistad contra el imputado.

Ambos aspectos, a su criterio, impiden conocer la verdad de lo sucedido, persiguiéndose con la denuncia un fin ganancial. Como lo adelantara, esta construcción argumentativa no puede prosperar, toda vez que la logicidad sobre la que se posan sus premisas carece de solvencia.

Habida cuenta de la naturaleza y contenido de la queja planteada por la defensa, cabe señalar que el sentenciante tuvo por acreditada la totalidad de los hechos denunciados, esto es, que la menor S. N. V. M. resultó víctima de abusos sexuales reiterados en manos de su padrastro S. S. quien, desde temprana edad -luego de los siete años-, bajo golpes y amenazas de dañar a su hermano y a su madre, le efectuó tocamientos en diversas zonas de su cuerpo -senos, cola, entrepierna-, además de colocarle el pene en la boca.

A su vez, que aproximadamente a partir de la segunda quincena del mes de enero del año 2015, la accedió carnalmente por vía vaginal, para lo cual, la ató con una soga a su cama, lo que provocó en la menor un habría sangrado ya que se trató ésta su primera relación sexual. Tales abusos se efectuaron luego en forma reiterada hasta el día 24 de febrero del año 2016, oportunidad en que, con la ayuda de su tía, la víctima radicó la denuncia (ver fundamentos, fs. 1098 y vta.).

Del repaso de los fundamentos que acompañan al fallo cuestionado, considero que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de sentencia en orden a la existencia material de los hechos y la autoría del acusado, resultan suficientemente probadas.

Cada una de las premisas que sustentan el fallo de condena, goza de un adecuado respaldo en los múltiples y contundentes elementos de prueba reunidos y debidamente incorporados a la causa, lo que resultaron analizados, interpretados y valorados de acuerdo al sistema de la sana crítica racional, y cuyo apartamiento la recurrente no logra demostrar.

En efecto, considero que el proceso de valoración probatoria seguido por el a quo se corresponde con el método de abordaje que reclaman este género de conductas delictivas, en cuyo caso, la pieza fundamental para la reconstrucción histórica –cuando hubiera– es el testimonio de la víctima, y los demás elementos de prueba son instrumentos de corroboración periférica, determinantes para otorgar –o desacreditar– credibilidad a sus dichos.

Así resulta tras advertir que una de las características modales distintivas de este tipo de actos delictivos, radica en que su comisión se desarrolla –habitualmente– en ámbitos de privacidad, intramuros o aislados, por resultar éstos proclives para la consumación delictiva. Aspecto que, usualmente, provoca no sólo la ausencia de testigos directos del hecho sino, además, su desconocimiento por terceras personas. A lo que debe agregarse, a su vez, que no siempre dejan rastros que evidencien físicamente su producción, tales como lesiones o vestigios de material genético. Esta situación descrita provoca, como se adelantó, que el testimonio de la víctima ostente un valor probatorio fundamental en la reconstrucción histórica de este tipo de sucesos. En el contexto delineado, y tal como lo adelantara, no advierto vicio alguno en la valoración probatoria realizada en los puntos objetados por la defensa. Por mi parte, entiendo que ambos tópicos –materialidad ilícita y participación del acusado– fueron debidamente acreditados, conforme da cuenta el fallo que aquí se analiza.

4.1.1.- En primer lugar, la recurrente cuestiona la interpretación y el valor probatorio que le asigna la sentencia a la declaración de la víctima, afirmando que adolece de ciertas inconsistencias. En ese sentido, refiere que: (i) las circunstancias témporo-espaciales aportadas por la menor, desvinculan al acusado de los hechos que se le endilgan; (ii) la denuncia resultó ser el medio utilizado por la menor contra el imputado para obtener, ganancialmente, un mayor ámbito de libertad para desarrollar la relación sentimental que mantenía con su novio. Analicemos ahora cada uno de estos extremos. (i) Con relación a las circunstancias fácticas del hecho, el razonamiento de la defensa consiste en demostrar que los hechos no pudieron acontecer como los describe la menor, porque de lunes a viernes, y durante el transcurso de la mañana –tiempo–, S.N.V.M. no se encontraba en la vivienda que compartía con el imputado y su madre –espacio–, porque allí concurría a la escuela. Sin embargo, considero que no existe duda alguna que permita socavar la contundencia del material probatorio, en cuya virtud se logró tener por acreditado que los abusos tuvieron lugar cuando la madre de la víctima –C. M.– no se encontraba en su domicilio, por concurrir a su trabajo. Al respecto, la versión de la menor S.N.V.M. fue precisa, contundente y persistente al describir que los tocamientos que tuvieron lugar antes que ella cumpliera los quince años de edad – desde agosto de 2006 hasta enero de 2015 aproximadamente– se produjeron casi siempre en el interior de su dormitorio, y cuando su progenitora se encontraba en su trabajo. Mientras que, al narrar la situación vivida con el imputado la primera vez que éste la accedió carnalmente –esto es, después que ella cumpliera los quince años de edad–, dijo que ello sucedió ni bien su madre se fue a trabajar. Allí dijo que S., luego de que transcurrieran entre cinco a diez minutos de que su madre se retirara del domicilio – después de las seis de la mañana–, la levantó de su cama a los golpes y abusó de ella. Para agregar que esta modalidad abusiva –con acceso carnal– «[...] se repitió, no muchas en la semana porque iba a la escuela a la mañana y dos veces a la tarde y se iba temprano porque tomaba un micro[...] los abusos eran cuando su mamá y su hermano mayor no estaban [...] no eran los fines de semana» (fs. 1083). Es decir, cada vez que se refirió a los sucesos aquí investigados, la víctima los ubicó en las mismas circunstancias témporo-espaciales, expresando coincidentemente que se producían en el interior de la vivienda en la que convivían junto con el imputado y los demás integrantes de su familia, y siempre cuando su madre no se encontraba presente, esto es, mientras ella se iba a trabajar. Ninguna duda cabe que la menor, en esos momentos, estaba en esa casa. Tal conclusión no puede ser rebatida, como lo pretende la defensa, tan sólo con alegar que de lunes a viernes, en horario de mañana, la víctima se encontraba en el colegio, porque tampoco existe incompatibilidad fáctica entre ambos sucesos. Con lo cual, y teniendo en consideración que los abusos sexuales comprobados, en sus diversas modalidades, tuvieron lugar durante toda la infancia de la S.N.V.M., es decir, desde que tenía seis años hasta después de cumplidos los quince

años de edad, su asistencia al colegio durante la mañana, no representa en absoluto un impedimento para la consumación de los actos delictivos aquí juzgados puesto que, incluso, de acuerdo a lo que contó la menor, éstos se podían cometer antes de concurrir a la escuela. Cabe resaltar que el análisis efectuado queda respaldado con el resto de los elementos de prueba reunidos.

En particular, y como bien lo apunta el órgano juzgador, por la correspondencia entre lo declarado por la víctima en debate con su entrevista en Cámara Gesell, cuya transcripción obra a fs. 260/264, oportunidad en la que aportó detalles idénticos de lo acontecido.

A lo que cabe agregar, en el mismo sentido, las declaraciones de los testigos indirectos del caso, por cuanto se trató de sujetos que tuvieron contacto con la víctima, y conocieron a través suyo de lo acontecido.

En particular, basta con destacar aquí, el testimonio de la denunciante A. M. –tía de la víctima–, quien al inicio mismo de estas actuaciones, dijo que su hermana –la madre de la víctima–, era celadora y trabajaba todo el día en una escuela judía que está en ciudad, mientras que su pareja –por el imputado– no trabajaba y estaba todo el día en la casa. Agregó que su sobrina le dijo que estos hechos se repetían todos los días, generalmente en la mañana cuando su madre trabaja y sus dos hermanos más chicos dormían (fs. 2 vta.). Para luego reiterar que «[...] desde el año dos mil seis que vienen ocurriendo estos hechos, y por lo que me dijo N. lo hacía todos los días de la semana a la mañana, cuando mi hermana estaba trabajando» (fs. 42). (ii) En otro orden, la defensa refiere que, resultando imposible que los hechos hayan sucedido como lo refiere la denuncia –argumento descartado precedentemente–, la menor denunció a su padrastro para lograr libertad para salir y tener encuentros con su novio. No encuentro motivo alguno que permita sustentar el argumento propuesto por la recurrente. Por el contrario, la existencia de una actitud ganancial de la víctima resultó suficientemente descartada en la sentencia. Por un lado, no puede desconocerse que la denuncia de los hechos la realizó la tía de la menor –A. M.–, persona a quien aquella concurrió en búsqueda de ayuda luego de haber sufrido un nuevo episodio de violencia de parte del imputado. Cabe resaltar que, al comienzo, la denunciante tuvo una información parcial de los hechos. Así se desprende de las constancias de la causa, y particularmente a través de su declaración en debate, de donde surge que, primero, sólo supo de aquellos acometimientos sexuales de S. contra su sobrina que consistieron en tocamientos en la zona de los senos, la cola y la entrepierna de la menor, así como también, la introducción del pene en la boca. Mientras que respecto de los que significaron un abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal, y que los sufriera la víctima luego de cumplir sus quince años de edad, los conoció a través de la psicóloga del colegio –Lic. R. B.– con la que S.N.V.M. inició su tratamiento. De este modo, si la intención de la menor hubiera sido denunciar a su padrastro para obtener un mayor grado de libertad con su novio, no habría discriminado esta información con su tía, máxime si tenemos en cuenta que fue ella quien asumió inicialmente un rol protectorio de su sobrina. Por otro, los profesionales que intervinieron en sus diversos roles en el caso, descartaron cualquier intención ganancial, luego de detectar en su relato indicadores de credibilidad. En esta última línea, cabe mencionar el informe realizado por el Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infanto-Juvenil (EPAASI) constató que «[l]os dichos de Nicol resultan confiables mediante los que describe haber sido victimizada sexualmente por su padrastro de manera reiterada en el tiempo y desde temprana edad» (fs. 33). Del mismo modo, la Lic. A. del Centro Infanto Juvenil del Hospital Pereyra, que atendió a la víctima desde el mes de agosto de 2016 a mayo de 2017, en su declaración testimonial sostuvo que el discurso de la víctima era verosímil (fs. 402) y, además, que no era compatible con fabulación ni con ideas delirantes (fs. 1094). Tampoco se condice una actitud ganancial que alega la parte recurrente con el cuadro descripto por los profesionales de la Unidad de

Internación de Crisis que trataron a la menor, quienes diagnosticaron, entre otros aspectos, que la víctima padecía de síndrome de estrés postraumático, «[e]n referencia a la angustia, ansiedad, las pesadillas, pseudoalucinaciones, las autolesiones y la ideación suicida que tenía la paciente al momento de la consulta» (fs. 408/410).

Por último, el Dr. C. H., profesional que intervino en la en Cámara Gesell, declaró en el debate y afirmó que el testimonio de la menor era confiable por la descripción que hizo de los hechos y, además, porque tampoco advirtió un relato influenciado por otros adultos ni con fin ganancial (fs. 1093). A lo que agregó que su relato fue concreto, no agregó cosas, lo que no denota la intención de armar historias. Sólo resta mencionar que la relación sentimental de la víctima con su novio se inició recién a mediados del año 2.015 (fs. 399 vta.), siendo que los hechos acreditados resultan ser anteriores, concomitantes y posteriores a ese momento.

En ese sentido, el sentenciante interpretó el testimonio de la víctima en debate, específicamente en cuanto describió que hasta los quince años no hubo acceso carnal, sino que los tocamientos quedaron circunscriptos a diversas zonas pudendas de su cuerpo –senos, cola y entre piernas–, lo que eran de tipo superficiales, salvo cuando el imputado le colocó el pene en la boca (fs. 1082 vta.). A ello cabe agregar lo contestado por la menor cuando, a preguntas referidas a si se resistía a los tocamientos, ella contestó que, respecto de los hechos acontecidos durante el año 2006, que allí era chiquita, que no entendía, que cuando empezó a crecer, veía que mis tíos no tenían el mismo trato con sus primas y que un día le dijo que no le gustaba lo que me hacía, que no era correcto y ahí empezó a pegarme (fs. 1083 vta.). De este modo entiendo que ha quedado suficientemente acreditado que el testimonio de la víctima no presenta fisuras sino que, por el contrario, es contundente, coherente y creíble, desprovisto de ganancialidad o cualquier otra cualidad que le reste peso incriminante.

Comparto con la afirmación del órgano juzgador en cuanto constató la absoluta correspondencia entre el relato de la menor en debate con aquel brindado en Cámara Gesell, «[a]portando allí y en el debate idénticos detalles de lo acontecido, con las mismas precisiones e incluso términos o palabras para referirse a los hechos de los que ha resultado víctima [...]» (fundamentos, fs. 1084 vta.). Todo ello no hace más que demostrar la inconsistencia y la debilidad del argumento defensivo, lo que conduce a su rechazo.

4.1.2.- En segundo lugar, la defensa pone en tela de juicio el valor probatorio de los testimonios los familiares de la víctima, porque se trata de personas que no presenciaron ninguno de los hechos investigados y, además, se pronunciaron verbalmente con expresiones que demostraron un desprecio y una manifiesta enemistad con el imputado. Entiendo que no le asiste razón a la parte recurrente en los argumentos que propone, motivo por el que este agravio también debe ser descartado. Veamos.

Conviene aclarar que, en la sentencia en crisis, y dada la naturaleza de los hechos investigados y juzgados, la principal prueba de cargo que pesa sobre el acusado, está constituida por la declaración de la víctima, resultando los demás testimonios insertos en el proceso de corroboración periférica de su contenido, como criterios determinantes para otorgarle credibilidad. Precisamente así se construyó el silogismo seguido por el tribunal a quo que determinó la condena a S., donde se advierte con claridad que la sentencia reparó primordialmente en los dos testimonios de la víctima, para luego referirse a los relatos aportados por sus familiares, a modo de indicios externos corroborantes. De los fundamentos del fallo cuestionado surge que, durante el debate oral, se produjeron numerosas testimoniales, entre las que se destacan, por integrar el grupo familiar de la menor: la de su abuela, L. F.; la de su tía y denunciante, A. M., la de sus hermanas de su madre, J., D. y V. M., y la del tío de la menor, el señor J. N.. Además, en Cámara Gesell declararon los hermanos de la víctima: N. V. M. D. e I. S. M.. Además deben ser destacados

los testimonios de los profesionales que participaron, de acuerdo a su especialidad, en el abordaje del caso. Como también, la declaración del acusado y de sus propios familiares. Al respecto, comparto con el órgano sentenciante en cuanto sostiene que la profusa prueba testimonial rendida, permite tener por acreditado la materialidad de los hechos y la autoría del acusado. Sobre la supuesta enemistad con el imputado, que según la tesis defensiva, afectaría la veracidad del testimonio, cabe resaltar no sólo la coincidencia con la información que aportó en dos oportunidades la víctima sino que, además, cuando se refirió específicamente a S., lo hizo de manera descriptiva.

En ese sentido, ninguna de sus expresiones permite disolver el peso probatorio de su relato, ya que deben ser entendidas e incluidas dentro del marco de lo que supone la violencia que sufría no sólo su sobrina, sino además, su propia hermana. Lógicamente, no puede prevalecer un sentimiento distinto al que expresan sus emociones. Pero vale recordar que, en cuanto a la valoración de la prueba testimonial, el juzgador debe atenerse a lo más objetivo del relato, puesto que además del sentimiento que motiva las declaraciones, lo relevante resulta ser su contenido intrínseco, aspecto que determinará su valor probatorio. Precisamente ésta ha sido la labor del órgano sentenciante. En ese sentido, la declaración de la tía de la víctima -A. M.-, resulta de singular importancia, por cuanto permite corroborar la totalidad de los dichos de su sobrina. Tengamos en cuenta que las presentes actuaciones se iniciaron con la denuncia que aquella realizó luego de que S.N.V.M., y tras un nuevo episodio violento del imputado, acudió a ella y a su esposo -D. C.- en búsqueda de ayuda. En esa oportunidad, le confió que S. «[l]a tocaba por todos lados, que la manosea por los pechos, la vagina, la cola, por todos lados, y cuando la castiga la agarra fuerte del pelo y la obliga a practicarle sexo oral [...] que S. todos los días cuando su madre está trabajando la castiga, generalmente en la mañana porque sus dos hermanos más chicos duermen y su mamá no está» (fs. 2 vta.). En debate agregó que la víctima le dijo que esto sucedía desde que ella era «[m]uy pequeña, la obligaba a hacerle sexo oral y cuando cumple quince años es cuando la ata y le dice que de regalo la accede, la golpea, la baña, lava las sábanas y la ropa con sangre, que fue a los días de cumplir quince; que fue en el dormitorio de Sh., que tiene una cama de una plaza con un respaldo con barrotes» (fs. 1085). Lo mismo cabe decir con el resto de los testimonios. Coincidentemente a lo narrado por A. M., la abuela de S.N.V.M. de la víctima, y querellante de autos, entre otros aspectos dijo que su nieta le contó que «cuando se iba a trabajar su madre, y mientras su hermanos estaban en la computadora, entraba [su padrastro] en su habitación, la golpeaba y la amenazaba que iba a matar a su hermano N.; ha dicho de manosear, toquetear, que se masturbaba [...]» (fs. 1087). Las demás tías de la menor -J. y D. M.- declararon en forma concordante, ratificando ambas que su sobrina les dijo que el imputado abusaba sexualmente de ella. Con lo cual, no cabe duda alguna que, más allá de vínculo de parentesco entre los declarantes y la víctima, como también del lógico sentimiento adverso de ellos para con el imputado, sus testimonios no hacen más que corroborar la hipótesis acusatoria en cuanto a la existencia material de los hechos y la autoría del imputado. Además, junto con los restantes elementos que componen el plexo probatorio debidamente valorado, resultaron útiles para desestimar la versión alternativa ofrecida por el imputado y los testigos de descargo (fs. 1098). En todos los casos, los testigos se han limitado a transmitir sus percepciones sobre los sucesos investigados, sin incurrir en falsedades, agregados ni contradicciones que puedan atentar con el sentido incriminatorio justificadamente asignado a cada uno de ellos en la sentencia. Todo atisbo de parcialidad que se le pretenda atribuir en el sentido pretendido por la recurrente, pierde sentido ante la contundencia de la información por ellos aportada, resultante del correcto análisis comparativo lógico efectuado por el a quo.

A todo ello cabe agregar que tampoco la defensa expresa de qué manera la sentencia incurre en una indebida valoración de la prueba testimonial, arguyendo sólo vicios genéricos que en nada socaban el sentido reconocido en el fallo.

4.1.3.- En tercer y último lugar, la defensa cuestiona que se haya acreditado la materialidad del hecho y la autoría del acusado, en tanto el examen médico que le fuera practicado a la víctima que arrojó por resultado la constatación de himen desflorado de antigua data resultaría compatible con que la joven habría mantenido relaciones sexuales con su novio y no que ello fuera el resultado de algún comportamiento abusivo de parte del acusado. Sin embargo, no puedo compartir este argumento defensivo, ya que constituye un modo de fragmentación del plexo probatorio, pretendiendo aislar elementos de prueba con el fin de sostener una hipótesis alternativa que no se condice en absoluto con la totalidad de los elementos colectados y debidamente incorporados al juicio. Tal como lo afirma el Procurador General, el hallazgo de este dato sensible, debe ser correlacionado con el relato –creíble– de la víctima, quien dijo que en aquel episodio ocurrido apenas cumplidos los quince años de edad, en el que S. la abusó carnalmente, habría sangrado y, por ende, perdido su virginidad.

Cabe resaltar aquí lo dicho por este Cuerpo respecto del método de interpretación judicial de la prueba, en cuanto que «[l]os medios de prueba no constituyen compartimientos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes. Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» (L.S. 388- 219). Y que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 381-233; 382- 107; 388-219; 398-42; 401-188). Por lo tanto, este cuestionamiento también debe ser descartado. 4.1.4.- En definitiva, y por las consideraciones hasta aquí expuestas, entiendo que el tribunal ha logrado llevar adelante una correcta reconstrucción histórica de los sucesos, que responde a una valoración racional de los elementos de prueba obrantes en autos, sin que los agravios expuesto por la defensa logren conmover los términos de la acusación dirigida en contra de su asistido. La conclusión del fallo, en cuanto afirma los extremos de la imputación aquí discutidos (materialidad y autoría), constituye la derivación razonada del derecho vigente y de las pruebas habidas en la presente causa; descartándose así infracción a regla alguna de la sana crítica racional en la actividad de valoración del plexo probatorio producido y debidamente incorporado en autos, así como tampoco el desconocimiento del principio del in dubio pro reo, desde que la duda, en tanto repercusión de la garantía de inocencia como posición del juez respecto de la verdad –frustrada–, no sólo no surge de los fundamentos que el sentenciante expuso, sino tampoco de aquellos argumentos formulados en el recurso. Con lo cual, el agravio genérico vinculado a la falta de motivación del acto sentencial por errónea valoración de la prueba, no debe acusar recibo favorable en esta instancia de revisión.

4.2. Acerca de la fundamentación del monto de pena aplicado al imputado

En el segundo tramo de su impugnación, la defensa plantea la arbitrariedad en la determinación de la sanción penal.

Al respecto, estima que el quantum punitivo es excesivamente superior al mínimo de la escala penal que corresponde según los hechos por los que fuera condenado su asistido. Desde allí, se queja de la falta de ponderación de **ciertos atenuantes de penalidad**, tales como: la edad del imputado, la carencia de antecedentes penales computables y, por último, su conducta posterior al delito. Sin embargo, estimo que este agravio debe también ser rechazado por dos razones: primero, porque la recurrente no explica adecuadamente las razones por las cuales considera que, en el caso, la pena aplicada a S. es contraria al principio de culpabilidad; y, segundo, porque los criterios utilizados por el órgano juzgador para mensurar la reacción penal, resultan suficientes para justificar la sanción finalmente impuesta.

De este modo, no se advierten vicios capaces de controvertir el razonamiento del a quo el que, también sobre este punto, debe ser convalidado. No puede soslayarse que la consideración de los factores para la **determinación de la pena es una facultad propia de los jueces de mérito**, siendo necesario para la procedencia de la impugnación sobre dicha cuestión que el recurrente demuestre que en tal decisión se encuentra presente un vicio de arbitrariedad en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas para el juicio de mensura punitiva, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del quantum de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, y habilitando de tal manera su control ante esta instancia extraordinaria.

Ahora bien, configurada la escala penal por un mínimo de diez y un máximo de cincuenta años, el tribunal individualizó el monto aplicable dentro de los límites legales. En efecto, de acuerdo a los delitos cometidos y al grado de culpabilidad revelado por el autor en los hechos enrostrados, estimó justo imponer la pena de veinte años de prisión, revelando adecuadamente los motivos que lo alejaban de aquel mínimo de punibilidad.

De esta forma, la ponderación de los elementos mencionados en los artículos 40 y 41 del CP para arribar a una solución que hoy se critica, ha sido correcta.

Tras repasar los fundamentos del fallo sobre esta cuestión, advierto que el sentenciante ponderó como **circunstancias agravantes** las siguientes, a saber: (a) que las agresiones sexuales fueron llevadas a cabo sobre una menor de edad; (b) que el imputado hizo uso de la violencia física y psicológica como medio comisivo para facilitar los abusos sexuales, conductas que incluían golpes, amenazas, hasta incluso el uso de algún elemento cortopunzante (cuchillo); (c) la extensión del daño causado en la víctima, por considerar que tales abusos le provocaron menor consecuencias que excedían la agravante contenida en el inc. 9° del art. 119 del CP.

Asimismo, y como **atenuantes**, valoró: (a) las condiciones socioculturales; (b) su escaso grado de instrucción (ver fundamentos, fs. 1101 vta/1102).

A esto cabe agregar que tampoco la defensa explica las razones por las cuales las atenuantes que menciona -esto es, la edad de S., que carece de antecedentes computables, y su conducta posterior a la denuncia-, tienen tal magnitud como para demostrar la desproporción pretendida. La valoración de las pautas atenuantes no puede medirse en sí misma, de manera abstracta exclusivamente, sino en su relación con las agravantes ponderadas, análisis ausente en el recurso.

Es decir, que la defensa debe demostrar la incidencia de las atenuantes reclamadas vinculadas con todas las agravantes que consideró el tribunal a quo que, por cierto, tampoco fueron objetadas. Asimismo, no se advierte, ni la defensa demuestra, por qué la edad o la falta de antecedentes penales o su comportamiento ulterior, deben reflejarse en una pena menor mucho más cercana al tramo inferior de la escala legal.

En consecuencia, al no advertirse una errónea interpretación de los arts. 40 y 41, CP ni arbitrariedad en la fundamentación de la pena impuesta al acusado, corresponde también rechazar este agravio.

Conclusión

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el ministro que lidera el voto preopinante, considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de R. S. S..

No obstante ello, y advirtiendo que la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que [S.N.V.M.], quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**ver «Concha, Jesús»**).

La Corte IDH en el «Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos

8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006**, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)**».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género. A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la

víctima (Cf. Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; **Caso Fernández Ortega y otro vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia»**, entre otros).

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere por sus fundamentos al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto a fs. 1105/1109 vta. por la defensa del acusado R. S. S., con costas.
- 2.- Téngase presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 16 de mayo de 2.019.-

14- CALDERON POLO. 17-05-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP, 474 inc. 2, 411 inc. 2 y 416 inc. 4 del CPP

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso Carnal. Lesiones. Nulidad. Principio de congruencia. Valoración de la prueba. Violencia de género.

Summa:

El **TPC N°1-1° CJ** condenó al señalado a la pena de **quince años de prisión**, como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo (arts. 119 , 3° párrafo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Aduce vicios de fundamentación. Falta de nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones, falta de certeza para condenar, de lo que determina su nulidad.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido y el hecho encuadrado en VG.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación promovido por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 171, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

Párrafos destacados:

“...considero que la versión contraria de la víctima de un abuso sexual que en un primer momento formula denuncia y con posterioridad se retracta no resulta suficiente para generar un estado de duda que conlleve la absolución.- En el caso traído a examen la versión inicial se encuentra corroborada por elementos periféricos que fueron explicados y que constituyen elementos probatorios que apoyan aquella hipótesis primaria de acusación” (Dr. Valerio)

“...el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática. Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retracción de lo primigeniamente denunciado, tal como aconteció en el caso bajo estudio”. (Dr. Adaro)

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

(J.A.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04504493-3/1((018601-42706)) F. C/ C. P., G. H. P/ ABUSO SEXUAL CALIFICADO POR EL ACCESO CARNAL Y POR EL VINCULO REITERADO EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS C.R (42706/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104586587*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04504493-3, caratulada “F. C/ C. P. G. H. P/ABUSO SEXUAL... S/CASACIÓN”.

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

A fs. 445/453, la defensa de G. H. C. P. promueve recurso de casación contra la Sentencia N° 171, obrante a fs. 417 y vta. y sus fundamentos de fs. 418/438 vta. en tanto condena al nombrado a la pena de quince años de prisión, como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo (arts. 119 tercer párrafo del Código Penal).

El pronunciamiento cuestionado fue emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en autos N° P-42706/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- La sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, refirió que «[l]a existencia material del hecho que constituye el objeto de este proceso ha quedado acreditada con la certeza jurídica que se requiere en esta etapa procesal toda vez que se ha probado que el ahora imputado G. H. C. P., abusó sexualmente por acceso carnal de su hija biológica, V. A. B.». Para así decidir el tribunal a quo valoró la declaración prestada por el imputado en ocasión de llevarse a cabo el debate, las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por la Lic. P. M., A. C. Á. O., L. D., V. A. B., L. E. M. D., J. E. B., C. M., M. L. B. F., N. R. V.; como también el resto de la prueba debidamente incorporada.

II.- Recurso de casación

A fs. 445/453 se encuentra agregado el recurso de casación promovido por la defensa de G. H. C. P., a tenor de lo dispuesto en los arts. 474 inc. 2, 411 inc. 2 y 416 inc. 4 del CPP. Señala que la fundamentación carece de un nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que llega, lo que determina su nulidad conforme las previsiones del art. 416 inc. 4 del CPP. Estima que las conclusiones del sentenciante no son congruentes con los hechos sucedidos y no son suficientes para adquirir el grado de certeza requerido para dictar sentencia condenatoria.

Sostiene que las pruebas y los indicios para condenar a C. P., resultan por un lado insuficientes y por el otro lado contradictorios. Señala que el argumento de su defensa se basa en las declaraciones prestadas en el debate por la denunciante y su defendido. En relación a los dichos de A., manifiesta que ésta expresó que el objeto de este proceso era un mal entendido. Explicó que se había suscitado una discusión y que ella se puso mal, como también señaló que los dichos vertidos en la denuncia obedecieron a que se encontraba drogada y alcoholizada.

Admitió haber hecho señas a su vecino J. pero porque quería apartarse de la discusión que tenía con G.. Reitera la defensa que A. negó todo lo que había pasado. Dijo que esa noche habían mantenido relaciones sexuales consentidas con G., pero que relaciones por vía anal no mantuvo ni ha mantenido. Negó la existencia de agresiones y golpes y sólo admitió una gran discusión. El defensor señala la versión mantenida por su asistido, quien declaró en el mismo sentido que A. B.. Expresa que aquel aludió a una relación sentimental previa entre ambos, oculta y que fue el detonante de muchas discusiones. Pone de resalto la culpa y presión que ambos sentían por la relación que los unía. Añade que ambos estaban drogados y alcoholizados, tal como se desprende del examen de fs. 95 en el que se detalla la presencia de 1,26 gr/l de alcohol en sangre y cocaína.

Señala la posibilidad de que tales sustancias provoquen alucinaciones, euforia extrema y paranoias llegando a construir una realidad paralela. Vincula tal resultado con el informe del examen físico destacando que en el mismo se señala que la región genital y paragenital se encuentra sin lesiones, y región anal y perianal sin lesiones recientes.

Afirma que la Lic. M. no estuvo en condiciones de reflejar con una sola entrevista la compleja situación vivenciada. Considera, por un lado, que el informe resulta insuficiente y, por el otro, que no existe un informe de la otra parte. Considera que aún cuando el a quo esté convencido de que los golpes en el cuerpo de A. fueron producidos por G., nada dice que esa noche haya habido un abuso sexual. Reitera que V. A. negó haber mantenido relaciones sexuales por vía anal que nunca lo había hecho y que ello se condice con el examen físico de fs. 71. Agrega que declaró nunca haber recibido amenazas. Manifiesta que aún si los golpes han quedado acreditados no tienen vinculación con las relaciones sexuales que mantuvieron ya que A. B. dijo que la discusión grande la tuvo luego de haber tenido relaciones sexuales. Considera que tampoco es posible sostener con certeza que la equimosis y edema vestibular hallados en el informe de fs. 71 sean propios de una relación forzada. Expresa que en la plataforma acusatoria no se menciona un acceso carnal no consentido por vía vaginal y ello vulnera el derecho de defensa. Solicita que en caso de admitir la impugnación absuelva a su asistido o se declare la nulidad de la sentencia ya que considera que la motivación carece de nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que se llegó. Formula reserva del caso federal.

III. Dictamen del señor Procurador General

A fs. 466/468 se encuentra agregado el dictamen del señor Procurador General. Luego de analizar los agravios promovidos considera que las críticas resultan infundadas. Señala que en la sentencia se alude a los testimonios contradictorios de la víctima y que se examinaron aquellos vinculados con las testimoniales de la madre de V. A. B., como los del conserje J. B., N. V. y L. M.. También señala que se ponderaron las manifestaciones de los efectivos policiales que acudieron al lugar y los dichos de la Lic. M. del Equipo Profesional Interdisciplinario de violencia de género. Sostiene que del cotejo de las versiones se extrae que los elementos de prueba dan cuenta de la existencia de un abuso sexual con acceso carnal, puesto que los testigos –mas allá de la madre de B. y su pareja– son totalmente imparciales y sus declaraciones coincidentes, como también que A. B. les dijo a V. y a M. que había sido violada. Señala que la Lic. M. desbarata las elucubraciones de la defensa con relación al consumo de drogas y la posibilidad de alucinaciones puesto que al revisar a V. A. B. la halló con clara consciencia de la situación, sin alteraciones y con sentido de la realidad y juicio crítico. Entiende que el hecho debe enmarcarse en un contexto de violencia de género. Agrega que ya en la entrevista mantenida con la Lic. M. se anticipó la posibilidad de retractación y determinó el motivo por el cual la víctima habría accedido a tener relaciones

sexuales con su padre. Por lo expuesto aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia impugnada.

IV- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Examinado el recurso de casación formulado por el defensor técnico de G. H. C. P. y el acto sentencial cuestionado, anticipo opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero de los nombrados, en atención a los motivos que a continuación paso a exponer. No comparto la crítica formulada por el recurrente en relación a la motivación del acto sentencial que cuestiona. Por el contrario, entiendo que la fundamentación del mismo resulta suficiente para mantener la sentencia como acto jurisdiccional válido, toda vez que no se verifican falencias que impliquen su anulación. Ello a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala en virtud de la cual se ha establecido que, para que los defectos acarreen tal extrema solución, deben resultar de una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177); circunstancia que no ocurre en la especie. Ello así, toda vez que el sentenciante sustentó su decisión en los elementos de prueba rendidos, los que valoró de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional.

El núcleo central de la crítica radica en pretender que el a quo efectuó una valoración inadecuada de los elementos de convicción, en especial centra su defensa en la versión aportada por su defendido y las declaraciones de V. A. B. quienes negaron el hecho atribuido a C. P.. Como señalé, entiendo que la interpretación del plexo probatorio ha resultado acertada y que en la crítica recursiva no se ha podido demostrar el apartamiento de los principios que la rigen. De tal manera, los agravios formulados resultan una reedición de los planteos formulados al momento de alegar, sin poder superar las respuestas otorgadas por el juez a quo al momento de dictar sentencia. Según el recurrente, de acuerdo a la versión defensiva aportada por C. P., y apoyada por las declaraciones de V. A. B., las relaciones sexuales mantenidas entre ambos fueron consentidas puesto que tenían una relación amorosa previa. En relación a los hechos ocurridos el día 22 de mayo de 2017, y para el hipotético supuesto de que se tuviese por acreditado que las lesiones de V. B. obedecieron a golpes propinados por C. P. –circunstancia también negada por imputado y denunciante– refiere la defensa que éstos tuvieron lugar después de las relaciones sexuales consentidas. Tal hipótesis no puede tener acogida favorable en esta instancia. Ello en tanto entiendo que, acertadamente, el a quo otorgó preponderancia a las manifestaciones expuestas por V. A. B. en la denuncia formulada a fs. 16/19. Para así decidir, y en opinión que comparto, el sentenciante contextualizó la situación denunciada en un marco de violencia de género en atención a las características que en el hecho juzgado halló. De esta manera aludió al fenómeno de retractación operado y constató en el hecho las restantes características de esta forma de violencia: la asimetría en la relación de poder a favor del hombre; las promesas de cambio; la atribución de culpa a la mujer por el hecho de serlo; la violencia física; violencia sexual; las amenazas de muerte y el arrepentimiento por parte del agresor. Así, y luego de contrastar las versiones sostenidas por el imputado y V. A. B. en el debate con las manifestaciones de esta última al momento de formular denuncia, optó acertadamente por asignar mayor credibilidad al primero de los relatos formulado por V. B.. Esos dichos incriminantes por parte de B. en relación no sólo a los golpes propinados por C. P., sino en orden a relaciones sexuales no consentidas por aquella, el sentenciante los consideró probados no sólo por tales manifestaciones. A tal efecto valoró las versiones de los testigos L. E. M., J. E. B., A. C. A. y la declaración de la Lic. P. M.. Por otro lado y, en relación a las testimoniales de M. B. y su pareja N. R. V., consideró que su contenido coincidía con las demás

testimoniales y elementos de prueba, en particular el acta de procedimiento, el croquis y el examen físico de V. A. B., por lo que descartó la intención de perjudicar al imputado. Por otro lado calificó la versión de C. P. como «fantasía» y entendió acreditada la hipótesis en base a la cual el inicio de los hechos aquí investigados principiaron con el mensaje de V. a su madre solicitando auxilio. Ello toda vez que tal evento se encuentra acreditado a través de los dichos de M. B., N. V., J. B. y L. E. M.. A su vez puso de resalto que no fue solamente la madre de V. B. quien dio aviso a personal policial de la situación anómala que estaría pasando su hija, sino que también J. B. (conserje del edificio donde ocurrieron los hechos) dio aviso a personal policial. Esto en razón de que al concurrir a constatar la situación de V. y sus hijos ante el llamado de M. B., advirtió que V. le hacía un gesto como solicitando auxilio. En el mismo sentido analizó la posibilidad de que las lesiones constatadas se hubieran producido como lo explicaron C. P. y V. B.. En principio refirió que las hipótesis introducidas por el imputado y la denunciante no eran coincidentes sobre el modo en que se produjeron los golpes que provocaron las lesiones a esta última. Por otra parte ponderó que nadie –personal policial, B., M. o M. B.– vio que V. B. hubiese caído al piso por un forcejeo y descartó la explicación dada por ella en orden a que tenía zapatos altos y por ello cayó, en tanto que tal versión no lograba explicar las variadas lesiones que presentaba. También analizó las contradicciones existentes entre los relatos del imputado y de B. y asignó crédito a la versión del testigo que, a su vez, corroboró la versión otorgada en un primer momento por V. B. en la denuncia.

Conforme a todo ello concluyó el juez a quo, acertadamente a mi modo de ver, que el cúmulo probatorio examinado sumado a las lesiones descriptas como «equimosis y edema en región del introito vaginal y vestibular» resultan propias de una relación sexual no consentida tal como denunció en un primer momento V. B.. Para ello el juez valoró que las primeras versiones recogidas de la denunciante, confirmaron la denuncia efectuada, esto es que las relaciones sexuales mantenidas entre ambos no fueron consentidas. Al respecto del registro audiovisual del debate surge que L. M. relató que V. B. le dijo «vos sabés lo que es que te viole tu viejo, loca es mi viejo yo lo único que quería era estar con él, compartir con él [...]» (minuto 2.51.16 de la audiencia del día 25 de junio de 2.018). En el mismo sentido J. B. señaló que aquélla le refirió que la había violado (minuto 3:11:12 de la audiencia del día 25 de junio de 2.018).

En otro orden, el a quo descartó valorar el contenido de la prueba ofrecida por el imputado relativa a los chats de los dos perfiles de la red social Facebook. Explicó al respecto que luego de aportar las contraseñas correspondientes y pese a que se le había advertido que no podía cambiarlas, como surge de las constancias de fs. 409, lo hizo.

No concuerdo con la apreciación vertida por el recurrente relativa a que la Lic. M. no estuvo en condiciones de reflejar una situación tan compleja. En primer término, debe decirse que tal posibilidad aparece planteada por el defensor como una hipótesis que no encuentra más sustento que en la particular posición que sustenta el recurrente.

En segundo lugar, hay que destacar que de las constancias de la causa se desprende que la entrevista fue de una duración prolongada en atención a las circunstancias especiales planteadas y conforme a lo expuesto por la profesional en la audiencia (ver registro audiovisual del 25 de junio de 2.018). Además, las conclusiones a las que llega la Lic. M. aventaron la posibilidad de que la denuncia formulada por V. B. haya sido realizada cuando ésta no se encontraba en condiciones de hacerlo.

Finalmente no es posible acoger la queja en cuanto a que la equimosis y edema constatadas en región del introito vaginal y vestibular de V. B., hayan sido interpretadas y calificadas por el a quo como producto de un acceso carnal por vía vaginal no consentido que no se encuentra incluido en la plataforma fáctica. Al respecto advierto que el juez señaló tal circunstancia para afirmar que resultan propias de una relación

sexual forzada sin describir la vía de acceso. Por ello la pretensión defensiva en torno a una vulneración del principio de congruencia no puede tener acogida puesto que no se encuentra plasmada en los fundamentos de la sentencia, surgiendo tan sólo de la interpretación efectuada por el recurrente. De lo expuesto considero que la plataforma fáctica resultó adecuadamente fijada y en orden a la misma la calificación legal resulta acertada.

Establecido ello entiendo oportuno formular algunas precisiones sobre el tema planteado en la presente causa en la que se investigó un delito de índole sexual y se enmarcó acertadamente en un contexto de violencia de género. Como sostuve en el precedente “Ruiz Gutierrez”, en los supuestos de agresiones contra la integridad sexual, en atención a las características en que tales ataques se producen, puesto que en general se llevan a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad, debe asignarse al relato de éstas un lugar privilegiado al momento de reconstruir el hecho que integra el razonamiento del juzgador. Como referí le asiste razón al sentenciante al momento de asignar mayor crédito a las manifestaciones de la víctima prestadas al momento de formular la denuncia que a su posterior retractación. Al respecto considero que la versión contraria de la víctima de un abuso sexual que en un primer momento formula denuncia y con posterioridad se retracta no resulta suficiente para generar un estado de duda que conlleve la absolución. En el caso traído a examen la versión inicial se encuentra corroborada por elementos periféricos que fueron explicados y que constituyen elementos probatorios que apoyan aquella hipótesis primaria de acusación. De tal manera advierto que al dictar sentencia el juez adoptó una mirada integral acorde a los criterios interpretativos establecidos por la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de G. H. C. P. debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G. H. C. P.. En especial, comparto los conceptos vertidos en torno a las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de valorar hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género. De este modo, me interesa señalar que la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres.

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in re «Galdeano Reyes», que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y

debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad. Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales. Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. En este sentido, in re «Ontiveros Arancibia» sostuve que «[...] que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales». Por otro lado, y tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66). Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver «Concha, Jesús»).

La Corte IDH en el «**Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. **Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: I) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y II) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Sentado cuanto precede, advierto que el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática.

Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retracción de lo primigeniamente denunciado, tal como aconteció en el caso bajo estudio.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios, omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 445/453 por el defensor de G. H. C. P..
- 2.- Tener presente la reserva efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

15- ARIAS. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	M	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	-1° -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcAMR.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo, inc. e) último apartado CP; art. 18 CN; arts. 197, 198 inc. 3, 474 incs. 1° y 2° , 103 y 108 del CPP (ley 1908)

Vox: Abuso sexual. Agravante por la función. Nulidad. Defensa en Juicio. Derecho a elegir defensor.

Summa:

La Excma. **Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción** (hoy **TPC**) condenó al señalado a la pena **de tres años de prisión** en suspenso por considerarlo autor penalmente responsable del delito de; abuso sexual simple agravado por la función, previsto y penado por el artículo 119, 1er párrafo, inciso e), último apartado del C.P.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Sostiene que se ha vulnerado el derecho de asistencia y representación de su defendido, alega vicios in procedendo por inobservancia del art. 198 inc. 3 del CPP. Formula reserva del caso federal.

El **Procurador General** entiende que el recurso procede formalmente, pero debe ser rechazado en lo sustancial.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación articulado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1.121, pronunciada por la Excma. Segunda Cámara del Crimen (hoy TPC) -1° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- Ferrel, Patrick. 06-05-08:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6430001&cache=1684798375213>

Precedentes relacionados

a-SCJCórdoba

- Puebla Cocco. 30-08-16:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/fallos44039.pdf>

b-CNCyC

- Troncoso. 06-06-22: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/N%C2%B0%2089-%202022%20-%20T%20M%20-.pdf>

Parágrafos destacados

“En similar sentido se ha expedido este Tribunal en la causa «Oronel Cavieres», donde se planteaba una vulneración al derecho de defensa del imputado. En aquella causa, se tuvo presente lo sostenido por la

Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que «[l]a nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público [...]» («Ferrell, Patrick Martín c/Buenos Aires, Provincia de y otros»; F. 539.XXXVII; 06/05/2008). Lo señalado por el Máximo Tribunal entiendo que es extensible a los presentes obrados.»

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

(D.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-02847304-9((012174-10689301)) F. C/ A. M., R. C. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA FUNCIÓN A S. R. M. T. (P2-48847/11) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102869115*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02847304-9 caratulada "F C/ A. M., R. C. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA FUNCIÓN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. MARIO D. ADARO, y tercero, DR. PEDRO J. LLORENTE. La defensa de R. C. A. M., interpone recurso de casación (fs. 219/222), contra la Sentencia N° 1121 (fs. 202) y sus fundamentos (fs 203/215 y vta) en la que se condena al nombrado a la pena de tres años de prisión en suspenso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de; abuso sexual simple agravado por la función, previsto y penado por el artículo 119, 1er párrafo, inciso e), último apartado del C.P. El fallo fue pronunciado por la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

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

1.- La resolución recurrida

La resolución cuestionada obrante a fs. 198 vta./199, en lo pertinente para la solución del recurso establece que «[...] ante el planteo del incidente de N ulidad del defensor oficial, y corrida vista al Señor Fiscal en esta audiencia, se tiene en cuenta los argumentos del Ministerio Público, con los cuales se coincide básicamente en todas sus partes.

Ello así, por cuanto en la presentación del imputado del día dieciocho del corriente, revoca el nombramiento de sus defensores técnicos particulares, y refiere que va a nombrar a un defensor de confianza de la ciudad de Mendoza, no indicando nombre ni domicilio alguno del supuesto profesional, por lo tanto, opera el art. 102 de la ley 1.908, y su similar de la ley 6.730, que dice que cuando el imputado no elija oportunamente defensor, el Tribunal nombrará al Defensor Oficial, es decir, el imputado en esa presentación no designa o no elige oportunamente defensor, posteriormente a revocar el mandato conferido a un nuevo defensor.

Seguidamente, iniciada la audiencia y habiéndose designado defensor oficial, el art. 103 de la misma ley, refiere que esta designación del defensor de oficio, no perjudica el derecho del imputado de elegir otro de su confianza, pero la sustitución no se considera operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

En el presente caso, el imputado en la primera audiencia de debate manifestó su deseo de designar al Dr. C. R., pero no indicó ni domicilio, ni modo alguno para comunicarse su designación, y menos aún, se cuenta con la aceptación de cargo de dicho profesional, por lo tanto no puede ser sustituido el defensor oficial. Asimismo, en el incidente de nulidad se indica correctamente que no se trata de abandono de defensa a los términos del art. 108, en el derecho que prevé el nombramiento de defensor particular u oficial, y la prórroga máxima de tres días para la audiencia de debate.

En el caso ha sido pura voluntad del imputado de revocar la defensa técnica anterior, y operan los arts. 102 y 103 ya nombrados. Por tanto, se RESUELVE: **No hacer lugar al incidente de nulidad planteado**, por cuanto, no existe violación de derecho de defensa en juicio ni violación de garantía constitucional alguna, en virtud de que el imputado no se ha encontrado en ningún momento sin defensor técnico. Téngase presente la reserva de recurso de casación efectuada».

2.- Recurso de casación

La defensa del acusado interpone recurso de casación contra la resolución arriba individualizada, ello en razón de las causales previstas por el art. 474 inc. 1 y 2 del Código Procesal Penal. En concreto, la defensa se agravia a partir de los siguientes puntos. Sostiene que se ha vulnerado el derecho de asistencia y representación del imputado, por ello se han violado derechos y garantías constitucionales protegidos por el art. 18 de la CN. Refiere como vicio in procedendo, la violación de los artículos 197 y el 198 inc. 3 del CPP, ya que el inferior carece de atribuciones para denegarle un abogado particular al imputado y privarlo de elegir un defensor de su confianza. Agrega que el defensor público desconocía el expediente y no pudo en menos de una hora organizar una estrategia defensiva. Entiende que el tribunal incurrió en una nulidad absoluta por inobservancia del artículo 198 inc. 3 del CPP, ya que se violentó el derecho de defensa al dictar la resolución puesta en crisis.

En consecuencia solicita que se garantice el debido control por un tribunal superior y se haga lugar al recurso de casación. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 232/233 se expide el Procurador General y señala que el recurso de casación procede formalmente, sin embargo al analizar la cuestión sustancial considera que debe ser rechazado. Expresa que el tribunal inferior al resolver el rechazo de la nulidad, estableció las normas que son de aplicación al caso en cuanto a la designación del defensor. Agrega que el imputado revoca su defensa en los momentos previos al debate a fin de que éste fracase. Además, ofrece un abogado de su confianza sin proveer domicilio legal al que pueda notificarse tal proposición, en consecuencia el tribunal actúa conforme a lo prescripto por los artículos 103 y 108 de la Ley 1908.

Entiende que no existe nulidad del debate ni de la sentencia que en su consecuencia se dictó, ya que el a quo se ajustó estrictamente a la ley procesal en cuanto el nombramiento del defensor.

Manifiesta que conforme a lo expresado, corresponde el rechazo de la nulidad impetrada, ya que la intervención, asistencia y representación del imputado estuvo garantizada por el defensor oficial, no presentándose la causal de nulidad del artículo 172 inc.3° de la ley 1908. Por lo expuesto, solicita que no se haga lugar al recurso de casación articulado.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por el abogado defensor del imputado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso de casación articulado, por las razones que a continuación paso a detallar. De manera preliminar considero oportuno realizar una breve reseña de los hechos de la causa. En fecha 18 de febrero de 2.015, oportunidad fijada para la apertura del debate, siendo las 08.40 hs. -20 minutos antes del comienzo del debate- se presentó el imputado e informó al tribunal su deseo de revocar la defensa ejercida hasta ese momento por los Dres. T. y H. También solicitó la suspensión del debate hasta tanto pudiera designar un abogado de su confianza para que lo asistiera. El tribunal tuvo por revocada toda designación de defensor anteriormente propuesta por

el imputado y designó, intertanto, al defensor oficial. El mismo día a las 10.00 hs. se dio apertura a la audiencia de debate y el imputado solicitó la palabra manifestando que proponía como defensor al Dr. C. R., con quien no había podido comunicarse telefónicamente, motivo por el cual solicitó una prórroga de la audiencia hasta tanto el defensor propuesto pudiera leer el expediente. El tribunal resolvió tener como propuesto al letrado mencionado y que hasta tanto no aceptara el cargo conferido y constituyera domicilio legal, continuaría en la defensa el defensor oficial designado, conforme lo establecía el art. 103 de la Ley 1908; y se prosiguió el debate.

Al día siguiente, el defensor oficial formuló incidente de nulidad, alegando que las circunstancias en las que se realizó la apertura del debate, resultaron violatorias de la garantía del imputado de ser asistido por un defensor de su confianza, vicio que tornaría nulo, de nulidad absoluta, el debate realizado. Hizo referencia a los arts. 99 y 103 de la Ley 1908, entendiendo la defensa oficial que el defensor propuesto por el encartado no fue notificado con las formalidades que correspondían, es decir por cédula; por ende, tampoco pudo el defensor propuesto hacer uso de la prórroga que establece el Código Procesal Penal. Realizó reserva de recurrir en casación. El tribunal de juicio corrió vista del incidente al Fiscal de Cámara y éste se expidió en el sentido de no hacer lugar al incidente de nulidad, por entender que no se había violado el derecho de defensa en juicio, ni vulnerado garantía constitucional alguna en virtud de que el imputado no se encontró en ningún momento sin defensor técnico. El planteo fue rechazado por el a quo que compartió los argumentos vertidos por el Ministerio Público Fiscal. Por su parte, el a quo entendió que la solicitud del acusado de cambiar su defensor al momento de la apertura del debate, había sido una maniobra dilatoria. Puesto que revocó a sus entonces defensores sin designar en ese momento uno de su confianza que lo reemplazara (ver fs. 190). En tanto que ya iniciado el debate (fs. 191) propuso como defensor técnico a un letrado particular mas no aportó domicilio legal donde notificarlo, ni tampoco el imputado indicó modo alguno de comunicarse con el mencionado abogado (ver fs. 198 vta.). Ahora bien, el núcleo central del recurso de casación formulado gira en torno del planteo de nulidad de la resolución por medio de la cual el inferior decidió continuar con el debate, a pesar de que al momento de su apertura el imputado solicitó cambiar de defensor.

Por ello, al no permitírsele al imputado nombrar a un defensor de su confianza, imponiéndole una defensa de oficio, el recurrente alega que corresponde declarar la nulidad del debate y la sentencia, por afectación del derecho de defensa en juicio. A poco de adentrarse en la lectura de los agravios de la defensa, se advierte que el planteo no puede prosperar, ya que el inferior, en decisión que comparto, actuó conforme a derecho aplicando los arts 102 y 103 del CPP (Ley 1908). Las mencionadas normas disponen que cuando el imputado no elija oportunamente defensor, «[...]el tribunal nombrará en tal carácter al defensor de pobres y ausentes» y que «[l]a designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado de elegir otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio».

Resta agregar que aún así, el sentenciante tuvo presente la moción de defensor formulada pese a que el imputado manifestó no haber podido comunicarse con él telefónicamente. Cabe destacar que la defensa no ha podido demostrar cuál es el agravio que le causa la resolución que impugna, ya que no explica ni desarrolla, de qué manera el vicio que denuncia ha incidido en la sentencia. Sin perjuicio de ello, la facultad de solicitar la suspensión del debate, también le asiste al defensor oficial, y como bien lo advirtió el tribunal, la defensa no lo solicitó, siendo que el art. 108 de la Ley 1.908, le otorgaba un plazo máximo de tres días.

Asimismo, considero que la resolución del inferior es correcta, fundada en la ley y en los hechos de la causa, no habiéndose conculcado el derecho de defensa del imputado. En consecuencia el pedido de nulidad no puede prosperar, ya que el caso no encuadra, como lo plantea el recurrente, en los supuestos contenidos en el art. 172 inc. 3° de la ley 1.908. En similar sentido se ha expedido este Tribunal en la causa «Oronel Cavieres», donde se planteaba una vulneración al derecho de defensa del imputado. En aquella causa, se tuvo presente lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que «[l]a nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público [...]» («Ferrell, Patrick Martín c/Buenos Aires, Provincia de y otros»; F. 539.XXXVII; 06/05/2008). Lo señalado por el Máximo Tribunal entiendo que es extensible a los presentes obrados.

En definitiva, conforme lo expuesto no se advierte la pretendida vulneración al derecho de defensa. En primer lugar puesto, que el Tribunal designó un defensor oficial ante la revocación llevada a cabo por A. M. actuando conforme las prescripciones legales al respecto. En segundo lugar, en razón de que coincido con el criterio sostenido por el a quo en que el defensor público estuvo en condiciones de tomar contacto con la causa y solicitar, si así lo consideraba, una prórroga conforme lo habilitaba el art. 108 del CPP (Ley 1908), sin embargo no lo hizo. En tercer lugar, en cuanto a la propuesta de defensa formulada por el imputado una vez iniciado el debate no pudo concretarse por los motivos ya señalados. Por otro lado, y en refuerzo de la posición que sostengo, advierto que independientemente del argumento que pretende la vulneración del derecho de defensa, el recurrente no ha señalado en concreto el perjuicio derivado de la actuación desarrollada por el tribunal asignando un defensor oficial a A. M., motivo también por el cual el agravio promovido debe ser rechazado. Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar en su totalidad el recurso de casación intentado. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

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

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 219/222 por la defensa de R. C. A. M..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. L. M. para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

16- MUÑOZ. 21-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														474
VS	M	NNA	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190521_FcMGR.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo, en función del 4° párrafo, inc. f del CP, Art. 16 de la ley 26.485, Arts. 416, 557, 558 y concordantes CPP.

Vox: VG. Abuso sexual. Agravante por la edad. Agravante por la convivencia preexistente. Absolución por la duda. Sana crítica racional. Violencia de Género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de tres años de prisión en suspenso por el delito de abuso sexual simple agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP), sostiene que se han valorado erróneamente las pruebas de autos y no se ha alcanzado el grado de certeza para condenar.

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

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 243, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-Corte IDH

- Fernández Ortega y otros. vs. México. 30-08-10:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 31-08-10:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

Parágrafos destacados

“Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos. Caso especial se presenta en la violencia contra la mujer, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia a su testimonio.”

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

(D.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04520904-5/1((018601-75369)) F. C/ M. G. R. A. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO (75369/13) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104603020*

En Mendoza, a los veintiún días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04520904-5/1 "F. C/ M. G. R., P/ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR PALERMO; segundo, el DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, el DR. MARIO ADARO. La defensa oficial, en representación de R.A.M.G., interpone recurso de casación (fs. 170/174) contra la Sentencia N° 243 y sus fundamentos (fs. 155 y 160/167, respectivamente), provenientes del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de 3 años de prisión en suspenso por el delito de abuso sexual simple agravado por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente; comportamientos que se le atribuyera en el marco de los autos N° P-75.369 (art. 119, 1° párrafo, en función del 4° párrafo, inc. f) del C.P., arts. 557, 558, demás y concordantes del C.P.P.). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos? SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

En fecha del 4 de octubre de 2.018 el tribunal de sentencia tuvo por corroborado uno de los hechos endilgados al acusado en la pieza requisitoria de fs. 96/99, esto es, «que en fecha no precisada pero siendo verano, a principios del año 2.013, en horas de la mañana, [Y.J.L.], de 15 años de edad, se encontraba en la vivienda ubicada en..., lavando una taza en la pileta de la cocina, ocasión en la cual se hizo presente [R.A.M.G.], con quien convivía en el domicilio indicado, junto a su familia, desde el año 2.010, el cual la abordó por detrás y le introdujo su mano por debajo del pantalón y la bombacha, tras lo cual comenzó a tocarla y frotarla en la zona genital» (ver fundamentos, fs. 162 vta.). Para así decidir el tribunal valoró, las declaraciones prestadas por Y.J.L. al momento de denunciar (fs. 1 y vta.) y en ocasión de celebrarse el debate, el acta de procedimiento de fs. 7, el informe de la División Delitos Contra la Integridad Sexual de fs. 13/19, el informe psicológico- psiquiátrico elaborado por el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual Infanto-Juvenil (EPAASI) de fs. 27 y el informe psicológico practicado al imputado, agregado a fs. 77. Asimismo, las declaraciones testimoniales prestadas durante la investigación preparatoria y la audiencia de debate por C. N., tía de Y.J.L. (ver fundamentos fs. 162 vta./164 vta.). Respecto de la credibilidad de las testigos, la magistratura de sentencia resaltó que las declaraciones de C. N. y la víctima fueron coherentes a lo largo del proceso y que se mantuvieron de manera inmutable en sus aspectos centrales. Además, sostuvo que existían elementos objetivos de prueba que reforzaban el poder de convencimiento de Y.J.L., entre los que resaltó, por su rigor científico, el informe elaborado por el EPAASI, documento en el que se afirmó que el relato de la víctima no presentaba indicadores comunicacionales o psicológicos compatibles con la fabulación, la mitomanía o con la creación de historias, que sus dichos eran concretos, claros y precisos, y que no se hallaron indicios de finalidad ganancial (ver fundamentos, fs. 165). En lo relativo al segundo hecho de abuso endilgado a R.A.M.G., el tribunal de juicio entendió que no existían elementos de convicción suficientes para llegar a una sentencia condenatoria. Según dijo, la misma denunciante instaló un estado de incertidumbre sobre los hechos que formaron el objeto de acusación, este es, que

promediando el mes de julio de 2013 y en horas de la siesta, cuando Y.J.L. circulaba a bordo de una motocicleta por..., R. M. le pidió si lo podía llevar, pedido al que la menor accedió, y tras el cual el acusado se subió en la parte de atrás de la moto y comenzó a introducir su mano por debajo del pantalón y la bombacha de la menor, tocándola y frotándola en su zona genital (ver fundamentos, fs. 165 vta.).

II.- El recurso de la defensa

La defensa del acusado formula recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo.

Preliminarmente, indica que el tribunal de juicio ha vulnerado el art. 416 del C.P.P., toda vez que ha valorado de manera errónea las pruebas de autos y no ha alcanzado el grado de certeza que se requiere para condenar.

Además, afirma que se han aplicado erróneamente las normas de la sana crítica racional, en tanto que las conclusiones de la magistratura de juicio no son lógicas y carecen de una motivación completa y clara.

En un primer orden de ideas, formula críticas respecto de la valoración de los testimonios rendidos en la causa.

Entiende que las declaraciones de los testigos Y.J.L. y C. E. N. han sido analizadas de manera incorrecta y, en este sentido, indica que los testimonios que prestaron en la audiencia de debate fueron contradictorios con los producidos con anterioridad, durante la investigación preparatoria.

Da precisiones sobre la declaración testimonial que Y.J.L. dio durante el debate y sobre los dos hechos de abuso que relató. Explica que el relato referido al segundo de estos hechos no se compadece el que hizo durante la investigación de la causa. Ello puesto que, mientras que en la primera ocasión habló de tocamientos en sus genitales, en la audiencia de debate no hizo alusión a los mismos.

En cuanto a la declaración de C. N., repasa lo afirmado respecto del modo en que se enteró del suceso y advierte contradicciones que califica como más evidentes.

Así, explica que mientras que Y.J.L. relató que la charla en la que se ventilaron los supuestos casos de abusos se originó bajo la iniciativa de N., ésta última lo hizo de manera contraria, adjudicándole a Y.J.L. el inicio de la conversación.

Afirma que N. fue contradictoria al referirse al encuentro que tuvo con el acusado, a raíz de los hechos de abuso que la niña le contó. Explica que durante el debate N. afirmó que R.A.M.G. le habría dicho que sólo cometió «un manoseo» y que no había violado a Y.J.L., lo que no se condice con la declaración que prestó durante la investigación, ocasión en la que declaró que el acusado le dijo que «no [...] había manoseado» a Y.J.L., sino que sólo la agarró de la cintura al subirse a la motocicleta que ella manejaba. Concluye los agravios referentes a este punto al mencionar que, si bien la defensa puso de resalto aquellas contradicciones al momento de alegar, el tribunal de sentencia no las valoró y terminó adjudicándoles plena credibilidad a los testigos Y.J.L. y N..

En otro orden de ideas, formula agravios respecto de la valoración de las declaraciones de los peritos.

Afirma que el resultado de la pericia practicada al acusado ilustra una personalidad incompatible con una conducta delictiva como la acusada. En este sentido, sostiene que, si se toma como punto de partida que el acusado tiene una personalidad pasiva-impulsiva y se considera lo dicho por Y.J.L., en tanto afirmó que se defendió de la agresión R.A.M.G. con un codazo, debió existir necesariamente algún tipo de represalia impulsiva o agresiva por parte del acusado, siendo esta una circunstancia que no existió. Según aduce la defensa, esta hipótesis fue alegada durante el debate pero no fue valorada por el tribunal.

Por último, repasa el contenido del testimonio del Licenciado I., profesional del EPAASI que entrevistó a la niña, y sostiene que esta no mantuvo un relato preciso y coherente como lo afirmó el perito. Detalla el orden cronológico de los hechos según los dichos de Y.J.L. en la entrevista y asevera que no se condice con la explicación que dio en el debate. Tras todo lo dicho, la defensa entiende que no se encuentra acreditado cómo es que el tribunal de juicio ha alcanzado el grado de certeza necesario para condenar y que la sentencia recurrida no constituye una derivación razonada de los elementos de prueba obrantes en el expediente; todo lo cual demuestra la arbitrariedad de la condena recurrida. Solicita la absolución del acusado y deja planteada la reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras afirmar la procedencia formal de los planteos formulados por la defensa del acusado, indica que sus pretensiones deben ser rechazadas sustancialmente. Repasa los argumentos de la parte recurrente y advierte que el tribunal de juicio realizó un profundo análisis de los extremos de la acusación para llegar a concluir que el acusado perpetró el hecho objeto de proceso, sin incurrir en los vicios de fundamentación que se le endilgan.

Destaca el peso probatorio de la declaración testimonial de Y.J.L., de las declaraciones de sus familiares y de los profesionales intervinientes, así como del resultado de los exámenes psicológicos; elementos que, según su criterio, no desvinculan al acusado de la imputación, sino que lo involucran en ésta. Con ello, sostiene que las contradicciones señaladas por la defensa carecen de relevancia directa con el hecho acusado, máxime si se tiene en cuenta que desde la fecha de la denuncia y la de celebración del debate transcurrieron cinco años aproximadamente.

Entiende que las variaciones en el relato de Y.J.L., respecto del orden cronológico en el que ocurrieron los hechos, no conmueve el resto del material probatorio de cargo. Indica que los exámenes psíquicos realizados a Y.J.L. afirman, por un lado, la ausencia de indicadores compatibles con la fabulación, la mitomanía o con la creación de historias inexistentes, y por otro, que su relato era concreto, claro y preciso. Concluye al sostener que la prueba ha sido valorada de forma conjunta y que no se avizoran elementos que no apunten a la incriminación del acusado.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

De manera previa debe resaltarse que los agravios que presenta la parte recurrente se nutren, esencialmente, de una crítica al grado de credibilidad otorgado por el a quo a la principal prueba de cargo producida en el proceso, esta es, las declaraciones de Y.J.L. y su tía, C. N., razón por la que, en lo siguiente, mis argumentos se centrarán en determinar si la sentencia del tribunal de juicio es arbitraria en este sentido.

El punto de agravio que indica contradicciones entre la declaración que Y.J.L. ofreciera al denunciar los hechos y la que diera en el debate, no puede ser recibido puesto que no existe interés atendible en esta instancia.

Según advierto, la estrategia defensiva consiste en reeditar un planteo que ya ha sido fructífero respecto del segundo de los hechos imputados para conseguir las mismas consecuencias respecto del primero de

ellos, pero sin lograr desvirtuar la resolución cuestionada en cuanto a la credibilidad de los testimonios de cargo. En efecto, el recurrente alude que el relato de la denunciante varió respecto del detalle del segundo suceso de abuso denunciado toda vez que, si bien habló de tocamientos en sus genitales en la primera ocasión, no hizo alusión a los mismos en la audiencia de debate.

No obstante, no puede dejar de resaltarse que la segunda hipótesis de abuso acusada a R.A.M.G. no pudo acreditarse, conforme entendió el tribunal. La razón principal detrás de esta solución absolutoria fue el grado de duda generado por la declaración de Y.J.L., circunstancia que fue destacada por el tribunal a quo al sostener que no existían elementos de convicción suficientes para aseverar que R.A.M.G. haya tenido intenciones de vulnerar la integridad sexual de la menor de edad al subirse a la moto que ésta conducía. En este sentido el a quo aclaró que, la circunstancia de que la joven no pudiera discernir si efectivamente existió un tocamiento con contenido sexual o si la actitud del acusado se correspondía con una maniobra habitual de quien accede a una motocicleta, y el hecho de que la testigo aclarara que después del primer hecho quedó sensibilizada y desconfiada, son cuestiones que debilitaban el estado de certeza necesaria para una condena (ver fundamentos, fs. 166).

Con ello entonces, debe decirse que el interés del acusado y su defensa ya fue protegido por el tribunal de sentencia toda vez que, ante la duda generada respecto del segundo hecho de abuso acusado, hizo primar las consecuencias dogmáticas del principio in dubio pro reo. Con este argumento, también, debe descartarse el agravio que resalta las contradicciones de C. N. al hacer precisiones sobre el segundo hecho de abuso.

En este punto la defensa señala que la testigo no ha sido clara al detallar qué fue lo que le dijo el acusado, al ser increpado, respecto del episodio sucedido al subirse a la motocicleta que manejaba Y.J.L. Esta idea, según entiendo, sólo sirve para graficar el estado de duda gravitante sobre la entidad del comportamiento de R.A.M.G. en esa ocasión, siendo ésta una circunstancia que ya fue valorada por el a quo y que no puede exportar sus consecuencias al resto de la plataforma fáctica endilgada.

Por último, en este punto, debe decirse que las presuntas inconsistencias en las declaraciones de N. y Y.J.L., relativas al modo en que se inició la conversación en la que se ventilaron los comportamientos denunciados, no pueden tener recibimiento favorable. Ello, puesto que no repercuten en aspectos centrales del relato de los hechos. En efecto, según mi parecer, que los abusos denunciados por Y.J.L. salieran a la luz debido a su iniciativa o a la de C. N., es una circunstancia que carece de relevancia para medir el grado de convicción de los testimonios de cargo, toda vez que no debilita los aspectos relevantes que deben valorarse en esta clase de hechos.

Sobre el punto, comparto las apreciaciones del tribunal al señalar que N. transmitió en forma coincidente, tanto durante la investigación preparatoria como al declarar en el debate, lo que Y.J.L. le había contado respecto del primer hecho que fuere acusado. Asimismo, que las manifestaciones de la denunciante en este aspecto de la acusación han guardado coherencia a lo largo del proceso, tanto al declarar en el inicio de las actuaciones, como al hacerlo en el debate (ver fundamentos, fs. 162 vta./165). Además, no puede dejar de resaltarse que dichos testimonios no sólo se refuerzan al ser contrastados el uno con el otro, sino también, al ser valorados junto al resto de la prueba de cargo ofrecida al debate. En este sentido, comparto el examen del a quo al resaltar, principalmente, la evaluación realizada por los integrantes del EPAASI, elemento de cargo que avaló la credibilidad del testimonio de Y.J.L.

Allí se refirió, entre otras cosas, que su relato fue concreto, claro y preciso, que no se hallaron indicadores de ganancialidad, fabulación o mitomanía, que su relato fue confiable y que contenía un correlato emocional acorde con la experiencia vivida (ver fundamentos, fs. 165). Finalmente, también deben ser

rechazados los agravios formulados alrededor de la valoración de los informes psicológicos presentes en la causa. En primer lugar, se destaca el argumento que sostiene que R.A.M.G. debió reaccionar de manera agresiva o con una represalia porque en el informe psicológico se dictaminó que el acusado tenía una personalidad pasiva-impulsiva.

Según advierto, la defensa intenta sugerir que los hechos no sucedieron tal cual los relató la denunciante puesto que, si efectivamente ésta se defendió con un “codazo” tras ser agredida por el acusado, éste debió reaccionar de manera impulsiva. Según advierte el recurrente, como este cuadro fáctico no sucedió, tampoco debió ser sincera la declaración de Y.J.L. Al respecto, debe decirse que la parte recurrente formula una hipótesis o suposición que no puede debilitar la credibilidad de los testimonios de cargo por carecer de todo soporte probatorio.

Es decir, por tratarse de una teoría irracional del caso.

Por último, en este punto, tampoco puede ser atendida el argumento que indica que el testimonio de la denunciante no ha sido claro, en tanto que el orden cronológico relatado en la entrevista que tuvo con el Lic. I. no se condice con el orden cronológico que detalló en el debate. Esta es, también, una crítica que recae sobre un aspecto insustancial del relato de la víctima, razón por la que no puede ser recibida en esta instancia. Según entiendo, no puede ser un obstáculo a la credibilidad de la declaración de Y.J.L., el hecho de que el orden cronológico en el que otras personas se enteraron de los hechos de abusos denunciados por la niña haya cambiado entre la entrevista psicológica y la audiencia de debate. Ello resulta irrelevante a la luz de la corroboración realizada por el tribunal a quo, según se dijo más arriba.

En conclusión, la defensa de R.A.M.G. no articula argumentos suficientes para debilitar la entereza del plexo probatorio de cargo incorporado y de su valoración conjunta. La presentación recursiva se ha basado, solamente, en el intento por atomizar algunos extremos de las declaraciones de los principales testimonios de la causa para así sostener que el tribunal de juicio ha valorado los elementos de prueba de manera ilógica y que la sentencia vulnera los principios de la sana crítica racional. Sin embargo, no ha logrado demostrar en qué aspecto el razonamiento del tribunal ha sido arbitrario o cuáles elementos del plexo probatorio incorporado fortalecen una hipótesis alternativa a la acusatoria, capaz de hacer razonable el pedido de absolución del acusado. A modo de conclusión, entiendo relevante destacar que el hecho por el que R.A.M.G. fue condenado constituye un supuesto de violencia contra la mujer y que, por ello, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de este tipo patrón de conducta (art. 7.c de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; art. 16, inc. b de la ley 26.485).

El reconocimiento de este tipo de hecho, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -«Belem Do Pará»-, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -«CEDAW»-; así como también, y entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Este criterio es el que, acertadamente, ha seguido el sentenciante al momento de la ponderación de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa.

Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos. Caso especial se presenta en la violencia contra la mujer, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede

prescindir de otorgar singular relevancia a su testimonio. En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental (ver Corte IDH, caso «Fernández Ortega y otros. vs. México», sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso «Rosendo Cantú y otra Vs. México», sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente). El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que investigado resulta incuestionable, no solamente porque resultan sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y, por lo tanto, no se puede esperar en todos los casos la existencia de pruebas gráficas o documentales (Corte IDH, Caso «Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas». Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

Es por esto que el art. 16, inc. i de la ley 26.485 dispone que se debe garantizar a la mujer «[...] la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos». En definitiva, considero que en la presente causa se ha dado cumplimiento a la diversa normativa nacional, interamericana e internacional en la materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva al hecho cometido (art. 16, inc. b de la ley 26.485). Por ello, entiendo que los agravios deducidos por la parte recurrente no pueden prosperar y, en consonancia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde responder negativamente a la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 170/174 por la defensa oficial de R.A.M.G y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 243 y sus fundamentos, provenientes del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial y obrantes a fs. 155 y 160/167.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 21 de mayo de 2019.-

17- CARBAJAL. 23-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	AM	-	-	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	N	-1° -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcCDG.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo tercero en función del 1° párrafo, 55 y 239; 164, 42 del CP.

Vox: Abuso sexual. Violencia de Género. Desobediencia. Robo Simple. Tentativa

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años y dos meses de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con desobediencia y robo simple en grado de tentativa en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación, se queja porque la sentencia es arbitraria y por lo tanto, nula. Señala que el a quo se basó en el relato de la víctima y sostiene que el resto de las pruebas confirman su versión, dándole al mismo el carácter de dirimente

El **Procurador General** opina que el recurso no puede prosperar

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 171 de fecha 09-11-17, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- AM..X. Argentina S.A 30-04-92 L.S. 400-240
- L.S 407-155,
- Ríos Vallejos 22-12-03 L.S. 333-64
- Merlo Lasa 07-12-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Sosa Boriero Oscar 08-05-92 L.S. 227-308
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1Mzk=&ta_bla=c2M
- González, Mauricio 04-10-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181004_FcGCM.pdf

b-CIDH

- Fernández Ortega y otros. vs. México. 30-08-10:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 31-08-10:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

Parágrafo destacado

“ [e] a quo se basó en las pruebas reunidas en autos, en especial en la denuncia, informes de expertos sobre las partes, la resolución de prohibición de acercamiento dictada por el Juzgado de Paz de La Paz con anterioridad al delito de abuso y en el relato de la víctima, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha logrado demostrar.

[e]l letrado se limita a discrepar con el criterio del juzgador en la ponderación de esos y otros elementos probatorios, derivando sin más base que su opinión personal, que la relación sexual objeto de estos obrados fue consentida, lo que impide que prospere, según se ha dicho con antelación

[c]arece de decisividad en la causa a los fines de anular la sentencia, por no resultar contradictorio, que el inferior absuelva al encausado de las amenazas de muerte denunciadas, porque la víctima dijo que no lo creyó capaz de hacerlas efectivas y sí lo condene por el abuso, fundándose en que sí juzgó posible que la podía golpear si no dejaba de gritar durante el ataque sexual. En otro orden de ideas, debo señalar que los cuestionamientos formulados al informe de la Dirección de la Mujer son improcedentes. [e]l art. 249 CPP no resulta aplicable, ya que se trata de un informe y no de una pericia, según se ha expedido esta Sala, toda vez que su naturaleza es esencialmente descriptiva “ Dr. Valerio.

“[r]esulta oportuno y necesario abordar el impacto que los estereotipos de género tienen en el ámbito del abuso sexual, a través de la determinación y asignación de roles para las personas que integramos esta sociedad, ello considerando que la defensa centra sus agravios en cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima. Así, y tal como señalé en el precedente «González», entre los mitos que contribuyen a la creación del prototipo de agresor, se encuentra la creencia que el delito de abuso sólo es cometido por extraños, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por un conocido genera menos daño que si fuera cometido por un extraño”. Dr. Adaro.

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

(A.H.)

Fallo.

CUIJ: 13-04467736-3/1((038601-149896)) FC/ C. D. G. P/ ABUSO SEXUAL CALIFICADO (149896) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104548961*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04467736-3/1 caratulada “F. C/ C. A., D. G. P/ ABUSO SEXUAL CALIFICADO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de D. G. C. A. interpone recurso de casación (fs. 213/218) contra la Sentencia N° 171 en tanto condena al nombrado a la pena de seis años y dos meses de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con desobediencia y robo simple en grado de tentativa en concurso real (arts. 119 párrafo tercero en función del primer párrafo, 55 y 239; 164, 42 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 9 de noviembre de 2017 a la 01:00 hs. aproximadamente, mientras la denunciante estaba en su domicilio de ..., llegó su ex novio –el imputado–, sobre quien pesaba una orden de prohibición de acercamiento hacia ella, dispuesta por el Juzgado de Paz de La Paz.

Ingresó mediante un forcejeo y le dijo que quería hablar con ella, ante su negativa, la agarró y la puso contra la pared para besarla, a lo que la denunciante le decía que no y que se fuera.

El imputado la amenazó con propinarle golpes si no se callaba, la llevó hasta la cama, la inmovilizó con sus piernas, le sacó la ropa y la accedió carnalmente por la vagina.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque la sentencia es arbitraria y por lo tanto, nula. Señala que el a quo se basó en el relato de la víctima y sostiene que el resto de las pruebas confirman su versión, dándole al mismo el carácter de dirimente. Niega que haya abuso, porque se trata de un hecho entre dos personas jóvenes, de edad similar, a los que los unía el afecto, ya que tuvieron una relación de pareja, agravándose porque no se interpretaron las pericias en su conjunto, lo que es necesario, ya que una de ellas dice que la víctima no tiene indicadores de estrés postraumático, y que puede enfrentar la situación, preocupándole la salud mental del agresor, demostrando así ambivalencia afectiva. Refiere que la denunciante no creyó que el encartado la iba a matar a ella y a su bebé, no infundiéndole temor esos dichos, y que el informe psicológico que da sustento a la absolución del imputado por el delito de amenazas es el mismo informe de fs. 70, que el juez interpreta según su arbitrio y no según las reglas de la sana crítica, porque es ese informe el que le da base a la condena por abuso y a la vez, a la absolución prementada. Agrega que el imputado nunca ejerció violencia sobre la víctima, lo que surge del examen físico que le realizaron, toda

vez que no presentó lesión ni hubo denuncia de maltrato; que en la casa no había indicios de forcejeo, que sólo estaba la cama desordenada.

Califica como falso el informe realizado por la Dirección de la Mujer, porque una relación consentida no podría producir los efectos que se señalan, y que los dos exámenes psicológicos no indican violencia grave que amerite un tratamiento psicológico. Que el dictamen de la Dirección de la Mujer dice lo contrario, apoyándose en conclusiones ajenas a la realidad.

Aduce que el art. 249 CPP establece la forma de nombramiento de peritos y esa prueba ingresó sin respetar garantías del imputado; que contiene conclusiones médico psicológicas y que al ser el emisor del informe un organismo que depende de la Suprema Corte, violenta el sistema acusatorio; que dicho informe le marca el camino al juez y le señala el destino final de la causa, en contra de los derechos de su pupilo.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque el imputado inmovilizó las piernas de la víctima y la intimidó expresándole que le iba a pegar, lo que surge de su relato.

Dictamina que la joven no creyó que la fuera a matar pero sí a dañarla en su integridad física, apuntando que el informe de la Dirección de la Mujer no es una pericia, motivo por lo que no le es aplicable el artículo que cita. Agrega que la fiscal lo ofreció como prueba a fs. 193 vta. y la defensa no se opuso.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto el a quo se basó en las pruebas reunidas en autos, en especial en la denuncia, informes de expertos sobre las partes, la resolución de prohibición de acercamiento dictada por el Juzgado de Paz de La Paz con anterioridad al delito de abuso y en el relato de la víctima, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha logrado demostrar.

En particular, le pareció creíble la declaración de la víctima, ya que en virtud de la inmediación propia del debate, la percibió como precisa, lógica, detallada, espontánea, descartando que se trate de un discurso aprendido de memoria, a la vez que advirtió persistencia en su contenido a lo largo del proceso, extremo que ha podido comprobarse mediante el presente recurso de casación. Consideró que eso se ve reforzado, porque el Cuerpo Médico Forense determinó que la víctima no es fabuladora, y que entre víctima y victimario existió una relación sentimental, lo que le provoca en la primera una ambivalencia emocional, que se demuestra a través de su preocupación por la salud mental de su ex compañero, aspecto que, al revés de lo que pretende el defensor, no excluye la existencia del abuso sexual por el que se condena, así como tampoco lo excluye la circunstancia que haya tenido escasa repercusión emocional en la joven, que no se haya constatado desorden en la casa, lesiones físicas ni estrés post-traumático severo como consecuencia del delito, puesto que la inclusión mental hipotética de esos datos en la plataforma fáctica elaborada no modifica la solución a la que se arriba.

Ello por cuanto el letrado se limita a discrepar con el criterio del juzgador en la ponderación de esos y otros elementos probatorios, derivando sin más base que su opinión personal, que la relación sexual objeto de estos obrados fue consentida, lo que impide que prospere, según se ha dicho con antelación (L.S. 400-240, 407-155, 333-64).

En efecto, de dichas pruebas surge que el encartado logró concretar el abuso, haciendo uso de su fuerza y superioridad física, al inmovilizarle las piernas con las suyas para que no pudiera librarse, y ordenarle repetidamente que se callara porque si no la iba a «cagar a piñas» (acta, fs. 30). Cimentó igualmente la convicción del a quo, el estudio psicológico al que se sometió el encartado, juzgando, en un todo de acuerdo con la jurisprudencia de este Cuerpo, que con estos elementos el abuso sexual se encuentra probado, puesto que, según he dicho en términos aplicables al presente (expediente CUIJ 13-04347153-2/1 Merlo Lassa, entre otros), «[...]el análisis del plexo probatorio reunido debe serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres[...]», recaudo que el a quo cumple, ya que «[...]no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos.

Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba –caso de autos– no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer[...]», probanza que el magistrado tuvo en cuenta de manera particular, por lo que el agravio que en torno a este punto esboza el quejoso no puede ser acogido. Así, debe destacarse que «[e]n esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente)». «El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores».

Por su parte, carece de decisividad en la causa a los fines de anular la sentencia, por no resultar contradictorio, que el inferior absuelva al encausado de las amenazas de muerte denunciadas, porque la víctima dijo que no lo creyó capaz de hacerlas efectivas y sí lo condene por el abuso, fundándose en que sí juzgó posible que la podía golpear si no dejaba de gritar durante el ataque sexual. En otro orden de ideas, debo señalar que los cuestionamientos formulados al informe de la Dirección de la Mujer son improcedentes.

En primer lugar, porque puede suprimirse sin que se prive de apoyo probatorio a la decisión de condena. En segundo término, porque el art. 249 CPP no resulta aplicable, ya que se trata de un informe y no de una pericia, según se ha expedido esta Sala, toda vez que su naturaleza es esencialmente descriptiva (L.S. 227-308, entre otros).

Además, porque dicha prueba –informes técnicos psicológicos realizados a la víctima en modo alguno atentan contra el principio acusatorio, debiendo tenerse en cuenta que fue ofrecida como tal por el Ministerio Público, según fluye de fs. 193 vta. y del minuto 6:38 y siguientes del audio correspondiente a los alegatos, constando expresamente que la defensa no tuvo ninguna objeción que formular. Por lo tanto,

y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto. Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de D. G. C. A..

En especial, comparto los conceptos vertidos en torno a las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de valorar hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género. Preliminarmente, me interesa destacar que la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención de Belém do Pará», incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la ley N° 24.632, establece el deber de los Estados partes de «[...] actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer» (inc. b). En este entendimiento, no puedo dejar de señalar que en la causa N° P-11.442/17 donde se imputa a D. C. A. el delito de amenazas simples en concurso real con hurto simple, en donde resultó víctima N. L., la Conjuer del Juzgado de Paz de La Paz le otorgó al imputado la libertad bajo caución juratoria imponiéndole, entre otras condiciones, la prohibición de acercamiento a la víctima N. L.

Esta situación procesal le permitió al imputado –teniendo en cuenta la falta de diligencia o de medios que posibiliten un efectivo control del cumplimiento de esta obligación– infringir la medida y perpetrar el abuso sexual y la desobediencia que conforman el objeto procesal de la presente causa.

Entiendo que, a la luz de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la temática sobre violencia de género, no resultó plausible la media de coerción personal seleccionada por la magistrada interviniente para prevenir los posibles riesgos a los que se encuentra sometida una víctima inmersa en un contexto de violencia de género.

De esta manera, se impone la conclusión que los operadores del derecho intervinientes en aquella oportunidad, no cumplieron adecuadamente con la obligación de prevenir la reiteración de los hechos de violencia mediante la implementación de todas las medidas adecuadas tendientes a controlar el cumplimiento de la medida cautelar por parte del imputado.

Sentado ello, y como adelantara, adhiere a la solución propuesta por el ministro preopinante y a los conceptos vertidos en torno a las particularidades probatorias en casos de violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones.

Así, la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres. En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in re «Galdeano Reyes», que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (ver « Galdeano Reyes, Juan José»).

Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

En esta misma dirección, estimo que resulta oportuno y necesario abordar el impacto que los estereotipos de género tienen en el ámbito del abuso sexual, a través de la determinación y asignación de roles para las personas que integramos esta sociedad, ello considerando que la defensa centra sus agravios en cuestionar la credibilidad del testimonio de la víctima. Así, y tal como señalé en el precedente «González», entre los mitos que contribuyen a la creación del prototipo de agresor, se encuentra la creencia que el delito de abuso solo es cometido por extraños, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por un conocido genera menos daño que si fuera cometido por un extraño (ver «González, Mauricio»). Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 213/218 vta. por la defensa de D. G. C. A..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. P. I. S. para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

18- PACHECO GATICA. 12-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Conv			PCE										
VS	EG	NNA	-	IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190528_FcPGS.pdf

Lex: Art.125, 2° párrafo; 149 bis, 1° párrafo; 119, 2° y 3° párrafo y puntos b) y f); art. 55 del CP.

Vox: VG. Amenazas; Corrupción de menores; Abuso sexual, Capacidad porcesal del Fiscal, Valoración de la prueba, Motivación, Fundamentación, Pena de cumplimiento domiciliario; Violencia de género, Perspectiva de género, Concurso real.

Summa:

La **Séptima Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **catorce años de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, todo agravado por ser cometido por el encargado de su guarda y por ser cometido contra una menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, y corrupción de menores (en número indeterminado de hechos), todo ello en concurso real; abuso sexual simple, calificado por resultar gravemente ultrajante por su duración; amenazas simples, todos en concurso real, que se le atribuyen en el marco de los autos N° P-48.116/16 y sus acumulados N° P-48.343/16 y P-5.836/17 respectivamente (art. 119, segundo y tercer párrafo, y puntos b) y f), art. 125, segundo párrafo, art. 55; art. 119, segundo párrafo, primer supuesto; art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, art. 55, art. 12, arts. 40 y 41, todos del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso y cuestiona a la sentencia por vicios in procedendo e in iudicando.

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

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

Resolución cuestionada: Sentencia N° 103, pronunciada por la Séptima Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ruiz Gutiérrez 18-02-2019:

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 02-08-08:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 15-05-11:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 15-05-11:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Bamaca Velazquez vs Guatemala. 25-11-00:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf

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

(J.A.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-04415035-7/1((018601-5836)) FC/P. G. S. P/AMENAZAS SIMPLES (5836) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104495090*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04415035-7/1 caratulada "F. C/P. G. S. P/AMENAZAS SIMPLES S/CASACIÓN".

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

A fs. 277/288, el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 103 de fecha 6 de agosto de 2.018 y sus fundamentos, cuyas copias certificadas rolan agregadas respectivamente a fs. 355/358 y vta. y a fs. 359/379 de los autos N° P - 48.116/16, en cuanto condena a S. P .G. a la pena de catorce años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, todo agravado por ser cometido por el encargado de su guarda y por ser cometido contra una menor de dieciocho años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, y corrupción de menores (en número indeterminado de hechos), todo ello en concurso real; abuso sexual simple, calificado por resultar gravemente ultrajante por su duración; amenazas simples, todos en concurso real, que se le atribuyen en el marco de los autos N° P-48.116/16 y sus acumulados N° P-48.343/16 y P-5.836/17 respectivamente (art. 119, segundo y tercer párrafo, y puntos b) y f), art. 125, segundo párrafo, art. 55; art. 119, segundo párrafo, primer supuesto; art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, art. 55, art. 12, arts. 40 y 41, todos del Código Penal). Pronunciamiento dictado por la entonces Séptima Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, actuando como tribunal colegiado.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- La resolución recurrida

El tribunal a quo condenó al acusado S. P .G. por los delitos y en la medida individualizada ut supra. Para así decidir, en la causa N° P-48.116/16, tuvo por acreditado con el grado de convencimiento exigido para el dictado de una sentencia condenatoria que, sin poder precisar la fecha determinada pero en el periodo comprendido entre los años 2007 y 2013, cuando la menor G. M. A. E. tenía entre cinco y once años de edad, en el domicilio en el que convivía junto al acusado, sito en..., éste le practicó, e hizo que le practicara en un número indeterminado de veces sexo oral.

Asimismo, le efectuó tocamiento sobre partes pudendas de su cuerpo, le introdujo una salchicha en su conducto vaginal, y la accedió carnalmente por la misma vía. También le exhibió regularmente películas pornográficas (ver fundamentos, fs. 367 de los autos N° P-48.116/16).

En lo fundamental, el órgano juzgador consideró que esos hechos resultaron demostrados a partir de la credibilidad asignada al relato de la víctima, cuyos términos estimó respaldados objetiva y subjetivamente con los restantes elementos de prueba incorporados. Allí se destacan, entre otros, los testimonios de su progenitora –E. E. Z.- y de una de sus hermanas –L. G. L.-, los informes elaborados en el Programa Provincial de Prevención y Atención Integral del Maltrato a la Niñez y Adolescencia (fs. 29/30), como también, por el Equipo de Abordaje del Abuso Sexual InfantoJuvenil –EPAASI- (fs. 33 y vta.), y por los diferentes profesionales que, en sus áreas de conocimiento específico, abordaron tanto a la víctima como al imputado (fs. 24, 50, 83/86, 184/188, 195/197).

En cuanto a los hechos ventilados en la causa N° P- 48.343/16, el a quo consideró comprobado que a partir del mes de abril del año 2.006 y hasta mediados del año 2.007 inclusive, en un número indeterminado de oportunidades, pero aproximadamente dos o tres veces por semana, S. P. G., encontrándose en varias de esas ocasiones en su domicilio ubicado en..., procedió a tocarle zonas pudendas del cuerpo de L.G.L.E. por encima y por debajo de sus ropas, como también, a practicarle sexo oral. Actos que se desarrollaron cuando la víctima tenía 18 años de edad, y siempre en contra de su voluntad (ver fundamentos, fs. 371 vta. de los autos N° P-48.116/16).

Para llegar a esa conclusión, el tribunal de sentencia consideró que la totalidad de la prueba testimonial, instrumental y pericial incorporada, permitía concluir sobre la concurrencia de los hechos intimados y la participación del acusado en los mismos. En ese sentido, le asignó vital importancia al testimonio de la víctima, a los que estimó veraces por su correspondencia con los restantes elementos probatorios, principalmente, con las testimoniales recogidas durante la investigación y en debate de la víctima y su madre -Dora E. E. Z.-, como también, a través de lo informado (fs. 17 y 28) y lo declarado por la Licenciada A. C. C. –psicóloga del C.M.F.-. Por último, en cuanto a los hechos que conforman el objeto de la acusación de la causa N° P-5.836/17, juzgó demostrado que el día 14 de enero del año 2.017, aproximadamente a las doce horas con cincuenta minutos, S. P. G., quien se encontraba a bordo de su camioneta, frenó frente al lugar de trabajo de su ex pareja D. E. E. Z., sito en..., y le manifestó “te voy a matar”, causando con sus dichos temor en la nombrada (ver fundamentos, fs. 374 vta. de los autos N° P-48.116/16).

Para resolver en ese sentido, estimó que la totalidad de la prueba incorporada en la audiencia de debate en esta causa, junto con aquella analizada en el resto de las causas acumuladas a la presente, permitía comprobar la existencia del hecho y la autoría del imputado.

En especial, valoró que la correspondencia entre los dichos de la víctima –D. E. E. Z.-, con el relato aportado por su hija – L.G.L.E.-, sumado a los demás elementos de prueba colectados, refuerzan la credibilidad de sus dichos.

2. El recurso de casación

El recurso de casación deducido por la defensa del acusado se basa en el inciso 1 y 2 del art. 474 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e procedendo.

2.1. Vicios in procedendo

2.1.1. En primer lugar, el recurrente plantea que la sentencia es nula, de nulidad absoluta, por incapacidad del Ministerio Público Fiscal. Para sustentar su argumento expresa que durante el debate intervino el Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos de la Primera Circunscripción Judicial –Dr. Sebastián C.- quien, a su tiempo, se encontraba incapacitado para ocupar ese cargo porque no contaba con el acuerdo del Senado que exige el art. 14 de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal -ley 8.008 y modif.-, el que remite a la Constitución de la Provincia de Mendoza, a fin de completar esa investidura. Por lo tanto, al no reunir uno de los requisitos constitucionales exigidos para poder ejercer el cargo de Fiscal en Jefe, por orden lógico, carecía de capacidad procesal para poder ejercer la potestad pública en el debate (art. 32 inc. 1° de la ley 8.008. art. 83 y 85 del C.P.P.), circunstancia que impide el dictado de una sentencia válida, basada en una acusación defectuosa.

2.1.2. En segundo lugar, expresa que el tribunal de sentencia valoró de manera arbitraria la prueba colectada en autos, por resultar contraria a las reglas que se derivan del sistema de la sana crítica racional. En ese sentido, se queja de la omisión de ponderación de prueba relevante y, además, de la violación al principio del in dubio pro reo. Por razones de orden lógico y expositivo, se agruparán los agravios formales alegados respecto de cada una de las causas juzgadas. Veamos.

2.1.2.1. En el marco de los autos N° P-48.116/16, el recurrente alega que la sentencia en crisis adolece de una deficitaria motivación, por resultar ilógica, arbitraria y absurda la valoración de la prueba, descartando que existan elementos suficientes para el dictado de una condena. En ese plano, refiere que el tribunal de mérito enunció de manera parcial y sistemática los medios de prueba producidos en el debate, sin que éstos hayan sido debidamente valorados y merituados.

En concreto: (a) Manifiesta que no se tuvieron en cuenta aquellas contradicciones señaladas por la defensa en el debate, entre las dos declaraciones efectuadas por la víctima en Cámara Gesell. (b) Refiere que hubieron discordancias y falsedades entre los dichos de la madre de la menor al denunciar el hecho y su relato posterior en debate, que tampoco se consideraron en la sentencia. Y además, que tampoco fue valorado el ensañamiento de ella respecto del acusado, el que se evidenció a través de las constantes denuncias de su parte contra P. G., las que resultaron archivadas y desestimadas, y que sólo persiguieron comprometer aún más su situación procesal. (c) Sostiene que se valoraron indebidamente los informes del GAR, EPAASI, y demás reparticiones estatales que examinaron a la menor, en desmedro de las pericias y las declaraciones testimoniales aportadas por la defensa, particularmente del Dr. A. y de la Lic. R., cuyos términos fueron minimizaron y tergiversados. En ese sentido, además, advierte que no se tuvieron en cuenta las conclusiones del Cuerpo Médico Forense y la declaración de la Lic. P. quien, en debate, descartó enfáticamente haber percibido en P. G. rasgos de personalidad propios de un abusador. (d) Sostiene que el órgano juzgador efectuó un análisis detallado de las conclusiones del médico que atendió a la víctima – Dr. B.-, asignándole una entidad probatoria que no tiene. (e) Se queja de la omisión de valoración de las testimoniales de É. P., M. L. P. y de M. F., especialmente de la descripción de rasgos de personalidad de la menor. (f) Por último, estima que fue descontextualizado y erróneamente interpretado lo expuesto por la defensa sobre la existencia de un móvil económico, ya que el tribunal a quo no valoró ni la premura de la demanda civil, ni la diferencia entre el valor reclamado en concepto de daño moral por la menor y por su progenitora.

2.1.2.2. En relación a los autos N° P-48.343/16, expresa que la falta de fundamentación y motivación del acto sentencial aparece de modo más evidente, puesto que la única prueba de cargo está constituida por la declaración de la supuesta víctima. Desde esta perspectiva: (a) Cuestiona que se le haya reconocido el carácter de “prueba objetiva” a un simple informe de abordaje psicológico efectuado por la profesional que entrevistó a L. L., siendo que el mismo sólo duró veinte minutos. (b) Se queja de la actitud del tribunal de juicio cuando cita como prueba una pericia psiquiátrica efectuada por el Dr. H. siendo que, en realidad, éste profesional nunca abordó ni entrevistó a la denunciante, sino que lo hizo con la menor G. M. A. E.. Aspecto que, a su criterio, demuestra la falta de conocimiento y de análisis de la causa al momento de emitir la resolución cuestionada. (c) Entiende que no se valoraron las contradicciones y falacias en las que incurrió la denunciante, particularmente cuando durante el debate señaló que la denuncia se radicó en la Oficina Fiscal de Maipú, cuando en verdad, lo hizo en la Unidad Fiscal. (d) Expresa que se omitieron en el análisis de la sentencia, datos fundamentales aportados por la defensa, y que demostraron la intención manifiesta de L. de perjudicar a P. A esa conclusión arriba luego de verificar que la denuncia fue realizada junto con otra de su madre, quien también aseguró que había sido víctima de P, haciéndolo en el mismo día en que el imputado recuperaba su libertad.

2.1.2.3. Finalmente, en el marco de la causa N° P-5.836/17, el recurrente también se agravia de la falta de motivación de la sentencia y de la omisión de valoración de prueba fundamental.

En ese sentido: (a) Cita el punto N° 12 de la sentencia (fs. 374 vta.), para sostener que el tribunal desconoció que la denuncia fue radicada ocho meses antes, y no “días antes”. (b) Afirma que existieron contradicciones en el relato de la víctima y de su hija que corroboran la falsedad de la denuncia – vestimenta, existencia de otras personas en el lugar del hecho, ubicación espacial, policía interviniente-. (c) Refiere que el tribunal relativizó que la cámara de seguridad no haya captado ni la llegada ni la partida del imputado del lugar de los hechos, aún cuando la misma haya estado en modo itinerante. (d) Alega la errónea valoración del testimonio de la Sra. P. P. –hermana del imputado-, y el equívoco tratamiento dado a la estrategia defensiva. En ese sentido, dijo que la declarante afirmó que su hermano estuvo entre las 10 hs., hasta las 11.30 hs. y se fue, y el hecho denunciado habría sucedido a las 12.50 hs., lo que demuestra que el imputado no pudo cometer los hechos porque pasó por la casa de su hermana y se retiró de las inmediaciones del hospital una hora y media antes del horario en que supuestamente se habrían producido. (e) Por último, hace referencia a que el tribunal no tuvo en cuenta una situación que demuestra la intención de perjudicar al imputado, que resulta de la denuncia que realiza la Sra. E. respecto del supuesto hallazgo de un arma arriba de un placar de su domicilio, ocho meses después de que P. abandonara ese inmueble, y que se llevara todos sus objetos personales.

2.3. Vicios in iudicando

En otro tramo de su impugnación, la parte recurrente se agravia de la **omisión de pronunciamiento frente al pedido defensivo de que se aplique el art. 10 del C.P.**, esto es, que en el caso de que recayese sentencia condenatoria, sea cumplida continuando con la modalidad domiciliaria que, como medida de coerción personal –prisión preventiva- viene teniendo el imputado a la fecha. Ello en razón de la edad del imputado y, además, de su precario estado de salud, aspectos que, a su criterio, demuestran que lo riesgoso para su vida que puede significar un reingreso al penal, donde permaneció quince días hasta que se le otorgó aquel beneficio -prisión domiciliaria-.

Que si bien el a quo rechazó tanto el pedido de prisión preventiva como la revocación del beneficio de la prisión domiciliaria, ambos efectuados por el Fiscal, esto lo fue sólo respecto a la medida coercitiva que pesa sobre P., pero no para el caso de un eventual cumplimiento de pena como lo hizo oportunamente la defensa, y que no fue contestado en la sentencia. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General

El Fiscal Adjunto, en su calidad de subrogante natural del Procurador General, estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado debe ser sustancialmente rechazado (fs. 309/312 vta.).

Respecto del agravio referido a la legitimación del representante del Ministerio Público Fiscal, expresa que el agravio es extemporáneo porque, durante el debate, el letrado defensor consintió su intervención al no efectuar ningún tipo de cuestionamiento al respecto.

A mayor abundamiento, agrega que el nombramiento de Fiscales Sustitutos es un deber y atribución legal del Procurador General a los términos de los arts. 19 y 28 inc. 13, ambos de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal - ley N° 8.008 y modif.-.

Mientras el art. 19 lo faculta para la designación interina para cubrir ciertos cargos, estableciendo las exigencias que deben reunirse en la persona del sustituto, el art. 28 inc. 13° del mismo cuerpo normativo ratifica esa atribución legal para aquellos casos en que así lo requieran razones de mejor servicio.

Todo lo cual se compadece con su autonomía funcional (art. 1 de la ley 8.008 y modif.). De este modo, no existen impedimentos constitucionales en cuanto tiene que ver con la vigencia y funcionamiento del fiscal sustituto.

En cuanto a vicio formal alegado por el recurrente, luego de reproducir y contrarrestar cada uno de los puntos en que sustenta su reclamo, concluye en que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia en crisis presente una motivación contradictoria, ilógica, falsa o arbitraria. Por lo tanto, a su criterio, el planteo defensivo resulta infundado, lo que impide que prospere en esta instancia casatoria.

Por último, sobre el cuestionamiento sustancial, descarta omisión de pronunciamiento. Para ello señala que la sentencia rechazó expresamente el pedido de revocación de la modalidad de detención domiciliaria efectuado por el Fiscal, dándose los argumentos respectivos.

Con lo cual, la solicitud de la defensa inherente a la eventual aplicación del art. 10 del C.P. es extemporáneo de acuerdo a la instancia recursiva transitada, debiéndose efectuar en la etapa pertinente, esto es, una vez firme la sentencia, y no frente a una mera hipótesis.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

En base a las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación incoado por la defensa técnica del imputado no puede recibir acogida favorable en esta instancia. Paso a explicarlo.

4.1. Vicios in procedendo

a. Acerca de la nulidad de la sentencia por incapacidad del Ministerio Público Fiscal

El primer motivo de agravio del recurrente consiste en cuestionar la validez de la sentencia ante la supuesta falta de capacidad procesal del representante fiscal para ejercer válidamente la acción penal en juicio. A su criterio, la circunstancia de que el Dr. C. no contara con el acuerdo del Senado provincial, en

tanto requisito constitucional para ostentar el cargo de Fiscal en Jefe de una Unidad Fiscal (art. 14 de la ley orgánica del Ministerio Público, ley N° 8.008 y modif.), priva a la sentencia de una acusación válida. Más allá de los esfuerzos defensivos, no encuentro razón en sus argumentos, lo que me conduce al rechazo del agravio propuesto.

En primer lugar, estimo pertinente aclarar que es bien es cierto que, como lo sostiene el Procurador Adjunto en su dictamen, el recurrente no cuestionó oportunamente esa supuesta incapacidad del acusador público que intervino en la sustanciación del debate, no puede desconocerse que una irregularidad como la alegada, en donde, de verificarse, resultaría lesionada la intervención válida del Ministerio Público Fiscal –caso de autos- y su participación en los casos en que ella se requiere, constituiría una causal de nulidad absoluta en el proceso (art. 198 inc. 2° del C.P.P.) y, por tanto, declarable aún de oficio y en cualquier estado y grado del mismo (art. 199, tercer párrafo, del C.P.P.).

En ese sentido, por el carácter que ostenta el vicio denunciado, como también por las consecuencias trascendentales que acarrea para el debido proceso legal, por cuanto podrían resultar afectadas disposiciones de base constitucional, nos encontramos ante una causal de nulidad que no resulta disponible para las partes –lo que impide que sean subsanadas o convalidadas (art. 202 del C.P.P.). Por ello, resulta un imperativo legal que el tribunal que compruebe su existencia: (a) arbitre los medios necesarios para su eliminación inmediata, a través de una actuación tendiente a remover la irregularidad que pueda generar la nulidad, cuando aún esta no se ha producido (art. 199, primer párrafo del C.P.P.), o, en su defecto, (b) proceda a su declaración, sin necesidad de petición de parte.

Uno de los fundamentos en que se sustenta esta distinción procesal es que, a diferencia de las causales de nulidad relativa, previstas en la ley fundamentalmente en vista del interés de las partes, y con la finalidad de evitarles los perjuicios que la irregularidad del acto pudiese generales, aquí –en el caso de las nulidades absolutas-, el interés viene determinado por la debida intervención de cualquiera de los sujetos esenciales del proceso y en la protección de sus derechos fundamentales, por cuya irregularidad pueda importar una violación del debido proceso legal por afectación de la garantía relacionada con el juicio previo del art. 18 de la Constitución Nacional.

Salvada esa cuestión, y descartado el supuesto valor convalidante de la actuación de la defensa, estimo que la actuación del agente fiscal aquí cuestionada, resultó enteramente válida por cuanto no se verifica, ni ha sido debidamente alegada por el recurrente, algún tipo de irregularidad en su actuación que pueda afectar su legítima intervención en el proceso.

En términos de la defensa, la «capacidad» del Dr. C. para intervenir en el debate como titular de la acción penal pública resulta de comprobarse que actuó como fiscal sustituto de la entonces Séptima Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial. Así resulta ya expresado al tiempo de acompañar su escrito de ofrecimiento de pruebas (fs. 254/256). Al respecto, cabe mencionar que la figura de los fiscales sustitutos emana del texto expreso de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal –ley 8.008 y modif.-.

En ella se prevé no sólo quién debe designarlos sino, además, en qué casos y cuáles son los requisitos que deben ser satisfechos por el magistrado que se trate. Así, será el Procurador General quien, como máxima autoridad del Ministerio Público Fiscal, deba efectuar su designación, no sólo en los casos expresamente previstos por ley -renuncia, muerte, destitución o licencia prolongada-, sino, además, cuando «[...] así lo requieran razones de mejor servicio» (conf. arts. 19 y 28 inc. 13 respectivamente). Mientras que en cuanto

a los requerimientos que ese cargo exige, es la misma norma – art. 19- la que se refiere a ellos, refiriendo que «[l]a elección del Fiscal sustituto se realizará conforme el siguiente orden: 1) Entre los miembros del Ministerio Público Fiscal que aprobaron las evaluaciones para el cargo a cubrir ante el Consejo de la Magistratura. 2) Miembros del Poder Judicial o del Ministerio Público de la Defensa que aprobaron las evaluaciones para el cargo a cubrir ante el Consejo de la Magistratura. 3) Abogados de la matrícula que aprobaron las evaluaciones para el cargo a cubrir ante el Consejo de la Magistratura. 4) Funcionarios del Ministerio Público Fiscal que reúnan los requisitos constitucionales para el cargo vacante a cubrir [...]».

De este modo, todas las exigencias legales requeridas por ley para cumplir el rol de fiscal sustituto, se encuentran satisfechas en la persona de quien se desempeñó como titular de la acción penal pública en el debate que concluyó en la condena del imputado, entre los que, vale la pena puntualizar, no se exige que el candidato cuente con el acuerdo del Senado provincial en los términos alegados por la parte recurrente.

A todo ello cabe agregar que el **art. 74 de la ley 9.040**, modificó el art. 2 de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal. Esa norma, luego de afirmar que el Procurador General es la máxima autoridad, señala que ese órgano estará integrado, entre otros, por: «1) Los Fiscales Adjuntos; 2) Los Fiscales de Tribunales Colegiados – Fiscales Jefes de Unidades Fiscales....». De todo lo cual se desprende la inexistencia de una intervención irregular del representante del Ministerio Público Fiscal cuestionada. Por el contrario, su actuación resultó plenamente válida y legítima.

La circunstancia observada en las actas de debate, en las que se hace alusión al agente fiscal como «Jefe Fiscal de la Unidad Fiscal de Delitos Económicos», no significa que deba cumplir con algún requisito diverso del que la ley, como se adelantó, prevé para legitimar funcionalmente a los fiscales sustitutos.

Es el texto legal vigente –modificado por ley 9.040– el que efectúa esa equiparación, sin que pueda desprenderse de la normativa alegada por la defensa –**art. 14 de la ley 8.008**– una interpretación diversa. Con todo, y como lo adelantara, el agravio propuesto debe ser descartado.

b. Consideraciones en orden a la arbitraria valoración de la prueba

A juicio del recurrente, el tribunal de juicio valoró de manera inadecuada el plexo probatorio que integró cada una de las causas bajo juzgamiento, por resultar contraria a las reglas de la sana crítica racional, y con omisión de prueba relevante; vicios que determinarían, a su criterio, el carácter arbitrario del fallo en crisis y su descalificación como acto jurisdiccional válido a los términos del art. 416, inc. 4° del C.P.P.

Según entiendo, las afirmaciones defensivas no encuentran correlato en el razonamiento que sustenta la sentencia impugnada.

I. En los autos N° P-48.116/16, el tribunal tuvo por acreditado que sin poder precisar la fecha determinada, pero en el periodo comprendido entre los años 2007 y 2013, cuando la menor G. M. A. E. tenía entre cinco y once años de edad, en el interior del domicilio en el que vivía junto a la pareja de su madre, en un número indeterminado de veces, el acusado le practicó, y la obligó a practicarle, sexo oral, le efectuó tocamientos impúdicos, le exhibió películas de contenido pornográfico, y, además, la accedió carnalmente a través de su conducto vaginal.

Estos comportamientos fueron encuadrados jurídicamente bajo las figuras delictivas de abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de realización, todo agravado por ser cometido por el encargado de su guarda y por ser cometido contra una menor de dieciocho años,

aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma y corrupción de menores (en número indeterminado de hechos), todo en concurso real (arts. 119, segundo y tercer párrafo, y puntos b) y f), art. 125, segundo párrafo y art. 55, todos del C.P.).

Para arribar a esa conclusión, la sentencia valoró las declaraciones testificales que se produjeron durante el curso de la audiencia de debate, como así también examinó las constancias producidas en la etapa de investigación –cuyo ingreso por lectura al juicio no fue objetado por las partes–.

A esa prolija presentación de la prueba disponible se sumó luego un análisis que, con parejo detalle, estructuró secuencialmente, y a modo de recreación histórica, lo acontecido.

En efecto, en la ponderación de los elementos probatorios, el tribunal de sentencia consideró al testimonio de la víctima como pieza esencial dentro del profuso complejo probatorio cargoso.

Se le reconoció un altísimo valor probatorio, al que arribó luego de analizar pormenorizadamente su relato, enmarcar sus expresiones bajo las premisas que supone un caso de agresión sexual contra una niña dentro del ámbito familiar y, contrastar sus dichos con el resto del material probatorio que integró el plexo a valorar.

Todo lo cual le valió de suficiente argumento como para concluir que en él se encuentra la verdadera versión de los hechos, en tanto reúne características tales que le otorgan plena credibilidad y, desde allí, edificar la imputación la que, además, encontró suficiente respaldo en demás datos de carácter indirecto emergente de los restantes elementos de prueba, tanto subjetivo como objetivo, que permitieron corroborar periféricamente sus palabras.

Al respecto, estimo pertinente resaltar que la naturaleza de los hechos que constituyen el delito objeto de la resolución cuestionada, presenta una serie de particularidades fácticas que tienen su impacto en el modo en que deben ser probados en el marco de un proceso judicial.

En efecto, se trata de comportamientos que, la mayor de las veces, suceden en un ámbito de intimidad, al margen del conocimiento o intervención de terceras personas, por lo que resulta muy difícil que puedan existir otros medios de comprobación fáctica más que el enfrentamiento dialéctico entre víctima y victimario.

A su vez, cuando esos ataques contra la integridad sexual se comenten contra niñas, niños o adolescentes, dentro de un ámbito intrafamiliar, su abordaje presenta una complejidad extra que viene configurada a través de las características del fenómeno.

Así, la violencia sexual suele estar ejercida por adultos con una cierta ascendencia sobre quien resulta sujeto pasivo de tal comportamiento, víctima que no siempre puede expresar lo que sufre, justamente por esa dependencia emocional.

De allí que el relato que realice quien ha sufrido tales comportamientos, se convierte en uno de los principales medios de prueba para comprobar su existencia material, y sustentar una posible sanción penal. Es que la comprobación de los extremos de la imputación delictiva, depende en un altísimo porcentaje, de la autenticidad y veracidad que se le reconozca a la versión aportada por la víctima.

Por lo tanto, considero que la procedencia o improcedencia de una impugnación como la que aquí propone el recurrente, nos convoca a la tarea de analizar de manera prioritaria, si el tratamiento y

valoración que hace la sentencia sobre este principal medio de prueba, resulta razonable y adecuado según las particulares circunstancias del caso.

a. El primer argumento que cita la defensa para respaldar su impugnación casatoria, consistió precisamente en desacreditar la credibilidad que le reconoce la sentencia a la versión de los hechos aportada por la menor G. M. A. E. en las dos oportunidades en que declaró al respecto en Cámara Gesell.

Para ello, tras repasar ciertos segmentos de sus relatos, ratificó que entre sus declaraciones se presentan inconsistencias y contradicciones que, aún cuando desvirtúan el peso convictivo asignado por la sentencia, no resultaron debidamente entendidas ni consideradas por el a quo. Con lo cual, la supuesta correspondencia entre ambas deposiciones no es tal, lo que evidenciaría la arbitrariedad denunciada.

Ahora bien, luego de analizar el discurrir lógico por el que atraviesa la pieza aquí cuestionada, específicamente en cuanto tiene que ver con el análisis interpretativo que se realiza en torno a este elemento probatorio, existen razones de peso que justifican el razonamiento jurisdiccional atacado. Por lo que, en mi criterio, no se pueden compartir las apreciaciones de la parte recurrente, ya que no se conciben con las constancias de la causa, lo que conduce a su rechazo.

Conviene aquí recordar brevemente que el testimonio de la víctima puede válidamente constituir la edificación de la imputación delictiva con base en otros datos indirectos suministrados en el proceso, ya que la comprobación de un hecho no exige una forma especial de acreditación.

Esta apreciación cobra un especial interés ante el género de conductas delictivas como las que componen el objeto del pronunciamiento en crisis –delitos sexuales–, en los que, la mayor cantidad de las veces, sólo se cuenta con el relato de quien resultó víctima de comportamientos lesivos de su integridad sexual. En autos, y como lo adelantara, la menor declaró en dos oportunidades en Cámara Gesell, a saber: (a) durante la investigación penal preparatoria, cuya reproducción escrita –acta– fuera incorporada al debate con anuencia de las partes (fs. 73/75, y fs. 321 vta.); y, (b) durante la realización del juicio oral, a instancias de la parte querellante, y previa resolución del tribunal que autorizó su realización (fs. 325, fs. 329 vta. y fs. 332).

Luego de confrontar el contenido de ambas declaraciones, la parte recurrente sostiene la presencia de contradicciones e inconsistencias que atentarían contra el valor convictivo que le reconoce la sentencia.

En ese orden, apunta que, en su primera declaración, dijo que : el imputado le tocó sus pechos; que la penetró varias veces vía vaginal; que le contó lo sucedido a una amiga quien, a su vez, también le confesó haber resultado víctima de los mismos actos en dos oportunidades; que cuando fue la penetración con su pene, ella se encontraba en la cama y boca abajo.

Mientras que, en su segunda declaración: no mencionó que el imputado le haya tocado los senos; dijo que la introducción del pene sólo se produjo en una oportunidad; no refirió ninguna conversación con una amiga; que la penetración vaginal se produjo cuando ella se encontraba en la cama y boca arriba mirando el aire acondicionado.

Sin embargo, más allá del esfuerzo dedicado por la defensa a cuestionar el peso convictivo de esta prueba, considero que no le asiste razón en los argumentos que propone.

Ello por cuanto, por un lado, parte de una premisa que es falsa, ya que ambas declaraciones se corresponden sobre los aspectos esenciales de los delitos aquí juzgados.

Por otro, porque aún en el hipotético caso de que admitiéramos alguna discordancia en sus relatos en alguno de los aspectos cuestionados y alegados por la defensa, no los considero decisivos no sólo respecto del grado de autenticidad y credibilidad reconocido, sino, además, en lo que tiene que ver con la comprobación de los comportamientos lesivos en la causa en sus circunstancias fácticas y en la autoría del acusado.

El relato de la víctima en Cámara Gesell fue contundente y determinante, lo que me hace compartir con el a quo que la menor «no ha faltado a la verdad [...] cuando al prestar declaración en la audiencia de debate, a través de la Cámara Gesell, describió en forma clara, precisa y pormenorizada, aportando detalles al respecto, los acometimientos que debió padecer en sus hogares.

Tales expresiones guardan total correspondencia también con aquellas que brindara, en igual ámbito (Cámara Gesell), durante la instrucción penal preparatoria» (ver fundamentos, fs. 368). Así se desprende de observar que, en lo medular, cada vez que la víctima declaró, sus dichos lucen enteramente coincidentes en cuanto a los aspectos relevantes de la causa, es decir: (a) en cuanto a la indeterminación de veces que, mientras ella era menor de edad, el acusado le efectuó actos de tocamientos sobre zonas pudendas de su cuerpo –glúteos, pechos, vagina-; (b) acerca de que el acusado le practicó, e hizo que le practicara, sexo oral en múltiples oportunidades; (d) respecto a que, en ciertas ocasiones, el acusado le introdujo sus dedos y otros elementos –salchicha- en el interior de su vagina; (e) que la accedió carnalmente vía vaginal; y por último, (f) que P. G. le exhibía regularmente películas de contenido pornográfico.

Siguiendo el orden de los cuestionamientos defensivos, debo decir que, con relación a la cantidad de veces que el imputado penetró con su órgano sexual el propio de la menor, extremo sobre el que existirían contradicciones entre sus relatos, basta con señalar que la víctima siempre dijo que ello se produjo en una única oportunidad.

Al respecto, el tribunal de mérito consignó en los fundamentos de la sentencia, que el relato de la víctima dio cuenta que «[u]na sola vez me introdujo el pene; yo lloraba, pero esa vez me corrió una lagrima porque me hizo doler [...] cuando me introdujo el pene usó preservativo, [...] el pene me lo introdujo una vez y fue como a los 9 u 8 años. [...] no introdujo todo su pene, sino una parte [de] él y cuando se dio cuenta que me estaba doliendo, lo sacó, o sea, no alcanzó a meterme todo su pene. No me salió sangre» (ver fundamentos, fs. 361 vta./362).

Además, en el particular contexto en que sucedieron los hechos, la posición en que se encontraba la menor sobre la cama cuando fue penetrada por vía vaginal por el imputado -sea boca arriba o boca abajo-, es un aspecto que **no condiciona la acreditación de ninguno de los extremos de la imputación delictiva**, ya que ni aporta ni controvierte nada sobre la culpabilidad del acusado.

A lo que puede agregarse que tampoco advierto de qué modo una diferencia al respecto pueda trascender modificando el razonamiento jurisdiccional. La ocurrencia de la penetración vaginal con el órgano sexual masculino, no sólo se desprende del relato de la víctima, sino que surge acreditada a través de los restantes elementos de prueba colectados, como se verá en lo sucesivo.

Pero más allá de esa observación, tampoco puede ignorarse que la víctima describió la posición en que se encontraba tanto cuando el imputado la penetraba a través de su conducto vaginal, sino además, cuando éste le introducía a través de esa vía algún objeto, tal y como sucedió cuando lo hizo con una salchicha

cubierta con un preservativo. Al respecto detalló que «[m]e acostaba sobre la cama o me ponía sentada o me subía arriba de él. Cuando el me introducía objetos me acostaba y me decía que abriera las piernas y me decía lo que me iba a hacer y me lo hacía» (fs. 73).

Tampoco incide sobre la credibilidad de su testimonio alguna discordancia y omisión sobre la intervención que, en los hechos, tuvo una amiga suya, a quien decidió contarle los padecimientos sufridos.

Si bien durante la **primer Cámara Gesell** dijo que su amiga le había contado que el imputado también le había hecho lo mismo dos veces –refiriéndose al sexo oral-, agregando que «[y]o vi una vez como el la estaba manoseando y vi que la toco ahí abajo, creo que estábamos los tres acostados y yo tenía como ocho años de edad [...]le conté a ella lo que me pasaba como a los siete años» (fs. 74), aún cuando este dato hubiere sido omitido en su segunda narración, en nada varía el poder de convencimiento asignado a sus expresiones.

La última de las **contradicciones apuntadas** por el recurrente, tienen que ver con que la víctima habría omitido en su segunda declaración, mencionar que el imputado supuestamente tocó sus pechos. Al respecto basta con señalar que la menor fue contundente al relatar que uno de los actos impúdicos que le realizaba P. G., consistió en tocarle sus pechos, e incluso describió que ello le provocaba dolor, ya que se los apretaba, agregando que a veces lo hacía por debajo de la ropa, y otras por encima de sus prendas de vestir.

Argumenta también la defensa que no fueron debidamente consideradas por el tribunal sentenciante dos circunstancias: (a) que nadie vio ni sospechó nada, pese a que, según la menor, los acometimientos sexuales se producían «varias veces a la semana»-; y, (b) que el cese de la conducta enrostrada no pudo deberse a la reacción de la víctima puesto que, según lo dicho por alguno de los profesionales intervinientes- A. y R.-, a los once años de edad no se tiene la capacidad necesaria para disuadir al agresor, ya que en casos como estos, la víctima es cautiva de él. Sobre el primer aspecto, parece soslayar el recurrente que una de las características modales más sobresalientes y comunes en este género de comportamientos delictivos –delitos de abuso sexual de menores-, es que se cometen, generalmente, en ámbitos de privacidad, intramuros o aislados, por resultar éstos proclives para la consumación delictiva.

Aspecto que, usualmente, provoca no sólo la ausencia de testigos directos del hecho sino, además, su desconocimiento por terceras personas.

Esa situación conduce necesariamente a que, como bien lo realiza la sentencia, a valorar el testimonio de las víctimas de abuso sexual con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa que acrediten o disminuyan su fuerza.

En cuanto las facultades físicas o psicológicas de la víctima para provocar el cese de los comportamientos abusivos, considero que tampoco resulta relevante a la determinación de los hechos y la autoría del acusado.

Además de ello, la víctima se refirió expresamente a esta cuestión, cuando en su primera declaración testimonial sostuvo que «[e]sto pasó hasta mis once años más o menos que fue que ahí yo no estaba en la casa o lo miraba mal entonces ahí paro» (fs. 74). Refuerzan el poder convictivo que se le adjudica a lo narrado por la menor, tanto el informe de fs. 29/30, incorporado al debate, dando cuenta de que se

observó en ella un estado emocional cargado de angustia, acorde a la situación traumática vivida, concluyéndose en la existencia de indicadores compatibles con abuso sexual infantil.

En el mismo sentido cabe incluir al informe psicológico-psiquiátrico realizado por el Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infanto-Juvenil – EPAASI-, también incorporado, donde se constató que «[e]l relato que brinda[la menor] sobre los aspectos que se tratan, reúnen criterios de credibilidad.

Entre ellos, y principalmente la resonancia psicoafectiva que desarrolla, mientras rememora situaciones traumáticas, la ausencia de contradicciones, la presencia de detalles sumamente específicos y [...]la contextualización que aporta[...] estamos ante una adolescente que desarrolla un relato confiable, mediante el que describe una sucesión de hechos de victimización sexual» (fs. 33 y vta.).

Conviene aquí recordar que la pericia psicológica ofrece un inestimable aporte para valorar el relato infantil, en cuanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la psiquis del niño. Es por ese motivo que resulta aconsejable –aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en nuestra legislación procesal en el art. 205 del código ritual- validar sus dichos con abordaje experto. Por lo tanto, en base a lo hasta aquí analizado, la correspondencia y compatibilidad entre ambas declaraciones de la víctima resulta evidente.

Estas cualidades se aprecian, además, por: el uso de una terminología similar para describir las circunstancias fácticas y modales inherentes a la sucesión de hechos de victimización sexual, reiterados y progresivos, padecidos; la logicidad y coherencia de su testimonio; por la persistencia en la incriminación del acusado como sujeto responsable de los comportamientos denunciados; y, por último, a través de la corroboración de sus contenidos con las resultas de los demás elementos de prueba incorporados a la causa.

b. En segundo lugar, el recurrente cuestiona el escaso valor convictivo que se le reconoce a los informes y declaraciones de los profesionales de parte que asistieron al inculpado: en particular, la actuación de la Lic. R. y del Dr. A., cuyos términos, según la defensa, fueron tergiversados e indebidamente valorados, siendo que lo evaluaron a través de la realización de múltiples entrevistas, aplicando técnicas y test cuyas conclusiones –desincriminatorias- fueron interpretadas de modo erróneo por el tribunal de grado.

En contra de las alegaciones defensoras, debo decir que comparto en esta instancia el análisis efectuado en la sentencia respecto de cada uno de los informes elaborados por los distintos profesionales de la salud que obran en la causa. Ello en tanto, según entiendo, todos han sido debidamente interpretados y valorados por el sentenciante, quien no sólo analizó su contenido intrínseco, sino también, los cotejó con las conclusiones alcanzadas con el resto del material probatorio, valiéndose de ello para justificar, adecuadamente, el valor convictivo asignado. No advierto omisiones ni tergiversaciones, sino sólo un sentido de valoración distinto al pretendido por el recurrente.

Por un lado, cabe mencionar que las pericias psicológicas y psiquiátricas realizadas sobre el acusado no aportan más que la descripción de ciertos rasgos de su personalidad y son por tanto de escaso valor, pues en un derecho penal de acto no se juzga personalidades, sino hechos; además, el estado actual de la ciencia no ha podido establecer que quienes cometan este tipo de delitos tengan un perfil de personalidad determinado, más allá de que existan grupos de casos homogéneos, pero esto es una cuestión que atañe a las ciencias auxiliares dado que, por el momento, no es posible obtener conclusiones normativas vinculantes.

Por otro, los informes de los profesionales que entrevistaron a la víctima, resultan conducentes para la resolución del caso en tanto se trata de sujetos que, además de su saber, han escuchado directamente de boca de la menor la misma información que ella dijo a su progenitora. De este modo, consideraron a partir de las entrevistas y evaluaciones realizadas, no sólo no percibieron signos de fabulación en sus dichos, sino que, principalmente, advirtieron indicadores de situaciones de abuso sexual. En cuanto a la queja defensiva, entiendo que las características del imputado detectada por el Dr. A. en las diversas entrevistas realizadas, pierden cierto valor si tomamos en cuenta que él mismo dijo, durante el debate, que no tenía experiencia en casos de abusadores o violadores, ni tampoco en casos de abuso de menores.

Con lo cual, éste es un elemento que no puede ser perdido de vista a la hora de su interpretación, porque precisamente en autos se investiga la comisión de hechos delictivos de esa naturaleza. Respecto de los datos aportados a la causa por la Lic. R. mediante su informe (fs. 183/188) y declaración posterior en debate, le asiste razón al sentenciante en cuanto manifiesta que sus términos «[t]ampoco fueron contundentes, dado que si bien expuso que no evidenció elementos suficientes para determinar trastornos en la sexualidad, tampoco los descartó al no poder afirmar la ausencia absoluta de los mismos» (fs. 369).

Ello se justifica si tenemos en cuenta que, en ese mismo informe citado por el recurrente, la profesional también detectó la existencia de «[p]atrones clínicos de personalidad muestran rigidez cognitiva, pensamiento rígido, dependencia emocional; lo que indicaría inmadurez psicoafectiva, baja tolerancia a la frustración [...] percepción de un mundo externo hostil, que sería vivido como amenazante frente a lo cual tendería a actuar de manera distante o agresiva» (fs. 187). A su vez, durante el juicio oral, reconoció que esas características de personalidad pueden ser de un abusador, aunque no son enteramente determinantes.

Con lo cual, acierta el sentenciante al verificar la falta de contundencia de sus conclusiones, no sólo internamente, sino frente a lo que surge del resto de la prueba arrojada sobre este extremo en autos. No sucede lo mismo con respecto a lo aportado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense y Criminalístico que también entrevistaron al acusado. Por un lado, la Dra. C. G. describió que todas las características detectadas en la personalidad de P. G., entre otras: la de tratarse de una persona afectivamente inestable, con inadecuado manejo de la ansiedad, dependiente, lo que puede dar lugar a conductas desajustadas, con posibles desbordes, dificultad en el control de la agresión. Al respecto, la profesional aseguró que todas ellas «[p]ueden proyectarse en la esfera de la sexualidad» (fs. 152). Por otro, aunque en el mismo sentido que su colega, la Lic. P., dijo que no se necesita ser un perverso o psicópata para violar a una niña.

A lo que debe agregarse que el valor convictivo asignado no depende del número de entrevistas que los profesionales hayan tenido con el paciente, sino con la solidez del contenido de los respectivos informes, la que, a su vez, también resulta de la corroboración de sus términos con los demás elementos incorporados, los que en este caso, permiten verificar la credibilidad de los dichos de la menor, y la presencia de rasgos de personalidad compatibles con quien comete este género de conductas delictivas.

En definitiva, el tribunal de mérito, conforme lo adelantado, cumplió con el deber de justificar la razón por la cual descartó la opinión de los profesionales de parte, inclinándose por lo dictaminado y declarado por peritos oficiales acerca de la menor y del acusado, ante su concordancia y solidez de sus fundamentos.

Por lo tanto, este tramo de su impugnación, también debe ser descartado, en tanto las conclusiones alcanzadas sobre este punto no resultan arbitrarias, ni omisivas, sino suficientemente ajustadas a las constancias obrantes en la causa. c. En tercer término, considero que tampoco acierta la defensa cuando cuestiona el valor probatorio asignado en la sentencia a las conclusiones del informe médico de la menor que fuera elaborado por el Dr. B. del Cuerpo Médico Forense.

Vale la pena recordar que tanto la víctima como su progenitora expusieron coincidentemente acerca de que el acusado no sólo le introdujo sus dedos en el conducto vaginal de aquella, también lo hizo con una salchicha envuelta en un profiláctico y que, por último, que la penetración no había sido completa.

Al respecto, en sus sucesivas intervenciones a lo largo del proceso, ratificó que la víctima presentaba un himen desflorado de antigua data -en hora cuatro (en posición ginecológica)- y describió la existencia de un desgarro que llega hasta la base o borde de la implantación del himen (fs. 24 y fs. 50).

De allí que, durante el debate, luego de reiterar y formular precisiones acerca de lo constatado, aseguró que, por su experiencia, aquellas lesiones resultaban características de los casos de abuso sexual infantil (fs. 366 vta.).

De este modo, es posible extraer dos conclusiones que se corresponden una con otra: por un lado, la innegable correspondencia entre las secuelas físicas detectadas en la zona vaginal de la víctima con la modalidad de accesos carnales descritos por ella, y que fueron denunciados por su madre; y, por otro, que ello constituye otro indicio más que refuerza el peso convictivo reconocido a su testimonio, lo que convalida el razonamiento judicial.

Por lo tanto, comparto con el tribunal de mérito cuando expresa, acerca de las determinaciones técnicas observadas por el médico legista, que «[n]o sólo no desmienten los dichos de la menor, sino que corroboran, desde esa perspectiva su pormenorizado relato que, en ese sentido, aparece como altamente consistente» (fs. 368).

d. En cuarto lugar, discrepo con el recurrente en cuanto a las supuestas contradicciones en el testimonio de la madre de la víctima -D. E. E. Z.-. Por el contrario, su declaración permite corroborar plenamente la versión de los hechos efectuada por su hija, manteniéndose coherente e incólume a lo largo de toda la marcha del proceso.

A lo que bien vale agregar que, a esa coincidencia, se suman las expresiones de su otra hija -L. G. L.-, quien resulta también víctima del imputado en el marco de los autos N° P-48.343/16. e. En cuanto a la queja sobre la falta de valoración de los dichos de las hijas del imputado -É. P. y M. L. P.-, y de su ex-esposa -M. F. Z.-, considero que debe ser también descartada.

Es que, según entiendo, sus referencias sobre ciertas características de personalidad de la víctima, y proyección a trastornos alimentarios -bulimia-, estimo que no aportan nada en relación a los hechos investigados.

Por el contrario, resulta innegable que comportamientos como los aquí investigados, repercutan lesivamente sobre la salud psíquica y física de quien los sufre, pudiendo naturalmente constituir la causa generadora de sus problemas de alimentación. Recordemos que estamos frente a acometimientos sexuales que se repitieron durante un largo período de tiempo, y que la menor los mantuvo al margen del conocimiento de terceras personas por miedo, llegando a disimular sus estados emocionales.

Éstas derivaciones psicoafectivas resultaron comprobados por los profesionales que la entrevistaron en los gabinetes psicológicos. Desde la primer entrevista se detectó que G. M. A. E. «[p]resenta un estado emocional cargado de angustia acorde a la situación traumática vivida [...] refiere presentar crisis de angustia, con vómitos posterior a las comidas» (fs. 29 vta./30). f. Por último, el supuesto interés económico perseguido por la denunciante, también fue abordado por el tribunal de juicio, concluyendo al respecto que su mera invocación no resultaba suficiente como para desacreditar el grado de certeza alcanzado en la corroboración de la hipótesis acusatoria, en desmedro de la tesis defensiva (ver fundamentos, fs. 368 vta.). Comparto este análisis, al que debo agregar que la inexistencia de ganancialidad en la declaración de la víctima, también fue advertida por los profesionales que tomaron contacto con ella.

En particular, en el **informe del EPAASI** se consignó que «no se encontraron indicadores compatibles con ganancialidad» (fs. 33 vta.), mientras que durante el curso del debate, el Dr. H. descartó haber observado durante sus entrevistas con la menor, algún indicador de su existencia.

g. En síntesis, podemos afirmar que más allá de las alegaciones defensivas, no se advierte, ni tampoco ha logrado el recurrente demostrar de modo suficiente, la falta de fundamentación o el yerro en la logicidad de la resolución en lo relativo a los hechos acreditados respecto de esta causa, y por los que intenta tachar de arbitraria la sentencia.

Ello es así pues, en cuanto a la falta de fundamentación invocada por la defensa, entiendo que la sentencia recurrida, en lo relativo a la ponderación de las pruebas para tener por acreditada la ocurrencia de los hechos juzgados y a la participación que en ellos le cupo a P. G., se encuentra debidamente fundada y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento. Todo lo cual conduce al rechazo de los agravios que, en este tramo de la impugnación, propone la parte recurrente.

II. En los autos N° P-48.343/16, el tribunal tuvo por acreditado que a partir del año 2.006 y hasta mediados del 2.017 inclusive, entre dos a tres veces por semana, el imputado le efectuó a L. L., cuando ésta tenía dieciocho años de edad, tocamientos por debajo de su ropa en partes pudendas de su cuerpo, y le practicó sexo oral; actos cometidos en contra de su voluntad.

Estos hechos fueron encuadrados típicamente bajo la figura del abuso sexual simple, calificado por resultar gravemente ultrajante por su duración.

Al respecto, la defensa estructura la fundamentación de sus agravios, a partir de considerar que la prueba disponible es insuficiente para alcanzar el grado de convicción propio de una sentencia condenatoria.

En particular, cuestiona que la única prueba de cargo sea la declaración de la supuesta víctima, señalando incluso alguna contradicción en su relato; además, advierte que el tribunal fundó la condena valorando como prueba de cargo una pericia psiquiátrica que no se produjo en autos; y, por último, que la intención de la denunciante fue perjudicar al imputado.

Ahora bien, ingresando en el tratamiento de los agravios, aprecio inicialmente que esa insuficiencia probatoria que alega la defensa no es tal. a. Si bien es cierto que, en la interpretación y valoración de los elementos probatorios, se desprende que el órgano sentenciante consideró que el relato de la joven víctima es la pieza esencial dentro del plexo probatorio que acompaña la causa, ello no se traduce en un déficit de motivación del modo en que lo plantea la defensa.

Tal como lo adelantara en el análisis de la causa precedente, considero que no existe impedimento alguno en que, para arribar a una decisión condenatoria, el mérito probatorio se construya a partir de un único elemento de calidad, en tanto resulte relevante para alcanzar el grado de convencimiento necesario. En rigor, el sistema de valoración probatoria que rige en nuestro ordenamiento –arts. 206 y 409 del C.P.P.– lo permite.

En el caso de autos, observo que el razonamiento jurisdiccional ofrece una explicación plausible, coherente, sin contradicciones y de acuerdo a los postulados de la ciencia, la psicología y la experiencia en general. El tribunal de grado ponderó, con especial sentido, la coherencia y coincidencia en el relato de los hechos aportado por la víctima durante la audiencia de debate con sus expresiones al momento de formular la denuncia que diera origen a los presentes obrados (fs. 1/3), no sólo en cuanto a la descripción pormenorizada en cuanto a las circunstancias en que se desarrollaron los acometimientos contra su integridad sexual, sino, además, en lo que tiene que ver con la permanente sindicación hacia el imputado como autor de los mismos.

En términos claros, precisos y concordantes, la denunciante describió cómo se iniciaron los tocamientos y manoseos en su cuerpo, detallando que primero fue en sus pechos, después besos sobre su vagina, para finalmente practicarle sexo oral.

Todos estos actos se producían contra su voluntad, valiéndose el imputado de su fuerza física para torcer la voluntad de la víctima y, en consecuencia, facilitar la consumación delictiva.

Del mismo modo, se manifestó con relación al método de persuasión y de presión psicológica que ejercía P. G. sobre ella. Afirmó que los ataques sucedían entre dos a tres veces por semana. Y, por último, que estos cesaron cuando ella decidió fijar su residencia en Chile.

A su vez, su testimonio se compagina en lo esencial con lo expuesto por su madre durante la audiencia de debate- D. E. E. Z.-, elemento que refuerza, como indicio indirecto, la credibilidad de sus dichos.

Cualidad que, además, resultó del resto de los elementos objetivos de prueba que acompañan la causa, entre los que se destaca el informe –incorporado por lectura- de la Licenciada A. C. C., psicóloga del Cuerpo Médico Forense.

Tal como da cuenta la sentencia, la mencionada profesional concluyó que el relato de la víctima lució claro, coherente y espontáneo, con un correlato emocional acorde a la situación vivenciada.

Asimismo descartó la presencia de indicadores de fabulación y/o mitomanía (fs. 17 de los autos N° P-48.343/16). En el mismo sentido, ya durante el debate, a más de su ratificación expresa, agregó que en la entrevista practicada no observó contradicciones, descartando que se trate de una declaración armada (ver fundamentos, fs. 371).

En función de las consideraciones expuestas, estimo que el relato de la joven, en tanto fuente generadora y prueba basal de la acusación, resultó validado. Además, no existen signos que conduzcan a la incredulidad que plantea la defensa. Por lo que este tramo de la impugnación también debe ser rechazado.

b. En cuanto al cuestionamiento referido a que el tribunal de juicio valoró como prueba de cargo un elemento no producido en autos, en referencia a la entrevista clínica practicada por el Dr. H., si bien es

cierto que en los fundamentos del fallo se hace mención a ella (fs. 371372 vta.), no logro advertir de qué manera este elemento incidió en el razonamiento del órgano juzgador.

En efecto, considero que sobre este punto, el recurrente desarrolla el agravio sin explicar concretamente la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, lo que es deber del censurante, en tanto, la decisión impugnada encuentra sustento válido y suficiente en otros elementos de prueba y razonamientos. Todo lo cual conduce a la desestimación del vicio propuesto. c. Por último, la defensa pone en tela de juicio la verosimilitud de los hechos denunciados, ya que, a su criterio, todo se debió al interés de la denunciante –y de su madre- en perjudicar al imputado, para impedir que recupere su libertad.

Sin embargo, más allá de lo endeble que luce este argumento, y lo común que resulta ser que en esta clase de delitos se ponga en tela de juicio la integridad de quien los denuncia, asociando la decisión de exponerlos en sede policial o judicial al mero deseo de perjudicar al sujeto denunciado, no existe en autos ningún elemento que permita siquiera sospechar una actitud semejante. Sustenta esa posición el hecho de que no puede desconocerse el contexto situacional que precipitó a la víctima a denunciar los abusos sexuales cometidos por la pareja de su madre varios años atrás. Según se desprende de las constancias de las causas investigadas, luego de varios años de haber vivido en Chile, lugar al que decidió mudarse para evitar los comportamientos de P. G. contra su persona, L. L. tomó conocimiento que su hermana - víctima de los autos acumulados N° P-48.116/16- padeció hechos semejantes a los que ella había vivido. Situación que, luego de conversar con la progenitora de la misma, motivó la denuncia que diera lugar a ambas actuaciones.

Además, si la intención perseguida por la denunciante hubiera sido sólo “armar” un relato con el único propósito de perjudicar la situación procesal del acusado, no se entiende por qué habría dejado pasar tanto tiempo para ello, ya que resultó probado que los hechos se cometieron entre los años 2.006 y 2.007, mientras que la denuncia fue interpuesta recién en mayo del año 2.016, esto es, aproximadamente diez años después de su comisión.

Y aún salvado ello, la falta de una supuesta ganancialidad particular también decae al observarse que, si el relato era armado como lo sostiene la defensa, no existía impedimento alguno que obste a agregar a su versión algunos elementos que podrían haber agravado la imputación, como por ejemplo, que los ataques sexuales se iniciaron cuando era menor de edad, o que, y más grave aún, además de los tocamientos o sobre la práctica de sexo oral a era la obligaba, el acusado la accedió carnalmente.

Vale la pena resaltar, particularmente con relación a este último aspecto, que fue tajante en varios pasajes de su denuncia y declaración posterior, al descartar que «[n]unca me lastimó físicamente. No me penetró» (ver fundamentos, fs. 370 vta.).

Todo lo cual, sumado a la inexistencia de indicadores de fabulación o mitomanía, y la presencia en su relato de «[i]ntensos sentimientos de angustia y culpa vinculados a los hechos denunciados y las consecuencias que los mismos habrían generado en el grupo familiar» (fs. 17 de los autos P-48.343/16), permiten descartar el agravio propuesto por la defensa.

d. En síntesis, considero que las conclusiones a las que arriba el fallo constituyen una derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, sin que se observen en el silogismo empleado por el tribunal de grado, deficiencias lógicas o violación de las reglas que impone el sistema de la sana crítica.

Por el contrario, el mismo contó con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas incoadas logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido. III. En los autos N° P-5.836/17, el juzgador comprobó que el 14 de enero de 2017, en horas del mediodía -12:50 hs. aproximadamente- P. G., quien se encontraba a bordo de su camioneta, frenó frente al lugar de trabajo de su ex pareja D. E. E. Z., en..., y le manifestó “te voy a matar”, dichos que provocaron temor en la nombrada.

Este comportamiento resultó calificado como amenazas simples. Según la hipótesis del recurrente, la sentencia adolece de suficiente motivación y, además, de consideración de prueba fundamental.

Sin embargo, ninguno de estos cuestionamientos debe ser convalidado en esta instancia, ya que no resultan ajustados a las constancias de la causa. En ese sentido, debo decir que los elementos de prueba valorados por el juzgador lo han sido de adecuada forma, permitiéndole arribar al grado de certeza necesaria para el dictado de un pronunciamiento condenatorio.

Así, la sentencia explica razonadamente en el caso concreto, que el hecho y la autoría del imputado se encuentran probados, relacionando en forma adecuada, todas las probanzas producidas en esta causa. A esa conclusión arribo tras descartar la existencia de alguno de los vicios adjudicados por la defensa.

Más bien se observó una reedición de agravios en esta etapa recursiva, con base a los argumentos que fueron expuestos anteriormente por el hoy impugnante, los que fueron solventemente respondidos por el tribunal a quo en su decisorio y no logran ser desvirtuados en esta instancia. a. En primer lugar, no encuentro en el plexo probatorio incertidumbre que permita indicar sostener, aún mínimamente, que los hechos sucedieron de un modo diverso al que se tienen por acreditados en la pieza impugnada.

Para ello, resulta evidente que la coincidencia detectada por el juzgador entre la declaración de la denunciante en debate y al momento de la denuncia (fs. 1/3), con el testimonio de su hija y con el resto de las probanzas reunidas, representa un aspecto relevante en la interpretación de los hechos. Considero que en su relato no se verifican contradicciones que, con la evidencia y decisividad alegada por la defensa, permitan sustentar una hipótesis alternativa a la acusatoria, ni mucho menos un déficit en la fundamentación del fallo.

De este modo, si la camisa era a rayas o a cuadros, si el policía pertenecía a la guardia o al hospital, etc., no alteran lo nuclear de su relato. Además, debe resaltarse que la descripción que hizo la denunciante sobre la mecánica delictiva, es perfectamente compatible con la ubicación geográfica del lugar de los hechos, lo que permite descartar la queja defensiva.

En ese sentido, la vereda del referido nosocomio, lugar donde se encontraba la víctima junto a su hija, queda en el margen este de la calle Godoy Cruz, lo que permite que el conductor de la camioneta –el imputado- haya bajado el vidrio de delantero izquierdo y proferido la amenaza en dirección a donde estaba la denunciante. b. En segundo término, también se comparte con el sentenciante su análisis sobre los registros fílmicos del lugar.

No hay relativización de su contenido, sino una interpretación diversa a la que pretende la defensa. La mecánica que asumieron los hechos, justifican el «valor neutro» que se le asigna a la capacidad de convicción de este medio de prueba, en tanto «[n]o niegan que el vehículo haya circulado y no haya sido captado por la cámara[...]ni tampoco aseguran que no lo hiciera».

c. Del mismo modo en que lo hace la sentencia, considero que la declaración de hermana del imputado – P. P. G.- fue debidamente valorada en la pieza cuestionada. En contra de las afirmaciones defensasistas, estimo que su relato no resulta un impedimento para acreditar los hechos aquí investigados.

La información que aportó acerca de los comportamientos del imputados, al expresar que estuvo en su domicilio entre las 10 hs. y las 11.30 hs. del día en que ocurrieron los hechos, no sólo no logra desvincular fácticamente al acusado, sino que, por el contrario, permite ratificar su presencia en orden a las circunstancias temporales y espaciales denunciadas –al mediodía del 14 de enero del año 2.017, en...-.

d. Por último, la defensa vuelve a cuestionar la intencionalidad de la denunciante. Del mismo modo que lo analizado para las dos causas anteriores, no existe ningún elemento de peso que permita sustentar este extremo, lo que me lleva a su rechazo. e. En base a lo aquí analizado, no advierto vicio alguno en la valoración de la prueba realizada en los puntos objetados, esto es, en la materialidad de los hechos y participación del acusado, por cuanto ambos tópicos han quedado debidamente acreditados, conforme da cuenta el fallo en el segmento que se analiza.

IV. Por las consideraciones vertidas en los párrafos que anteceden, entiendo que no se verifican en los fundamentos en estudio la existencia de los vicios formales denunciados y que los agravios del recurrente sólo constituyen una discrepancia con el resultado de la valoración de los elementos de prueba efectuada por el sentenciante, por ser adverso a los intereses de esa parte, no pudiendo ser acogidos de manera favorable.

4.2. Vicios in iudicando

El abogado defensor denuncia que la sentencia no se pronunció sobre la pretendida aplicación del art. 10 del C.P., esto es, acerca de la posibilidad de que, frente a una hipotética sentencia condenatoria, el imputado continúe con el régimen de prisión domiciliaria, cumpliendo de este modo la eventual la condena.

Justifica su reclamo en la avanzada edad del acusado y su precaria situación de salud, aspectos que determinarían la inconveniencia de un reingreso al penal. Sin embargo, no le asiste razón a la defensa en los argumentos que propone, porque no ha existido omisión de pronunciamiento.

En efecto, de las constancias de la causa se advierte que el tribunal de juicio se pronunció efectivamente al respecto cuando rechazó fundadamente la solicitud del representante del Ministerio Público Fiscal en orden a la revocación de la prisión domiciliaria y el consecuente encarcelamiento de P. G. (ver punto 3° de la parte dispositiva de la sentencia, fs. 358 vta.).

Además de ello, comparto con el Procurador General el planteo resulta extemporáneo de acuerdo a la instancia recursiva transitada, el que deberá, en su caso, efectuarse en la etapa pertinente.

4.3. Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el sr. Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de P. G. y, por ende, corresponde confirmar la sentencia condenatoria cuestionada por el recurrente.

No obstante ello, y considerando que la defensa solicita la aplicación del art. 2 del CPP al caso bajo estudio, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

En este sentido, debo mencionar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar- en un segundo momento conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros)

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal- debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». De este modo, se advierte que las víctimas en autos pertenecen a un sector vulnerable de la población. En especial, la menor xxx quien conforme los estándares internacionales y regionales es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

En esta línea, y tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.. 66). Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos. (**ver «Concha, Jesús y ots.»**).

La Corte IDH en el «Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los **artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201)**.

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación. (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por otro lado, entiendo oportuno reiterar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de víctimas y agresores en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el precedente “González, Mauricio”. Destaqué en tal oportunidad, en relación a las víctimas mujeres, que cualquier contradicción en su relato o la ausencia de pruebas que evidencien una oposición expresa por parte de la mujer abusada, son elementos que pueden incidir en la forma que se investiga y juzga los delitos contra la integridad sexual.

De la misma manera, estos estereotipos en la construcción del consentimiento de la víctima, constituyen la principal defensa en este tipo de hechos. De igual modo, y en cuanto a los prototipos de varones abusadores, señalé como los principales mitos, la creencia de que los abusadores presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos comenten este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños. Expresamente referí en la causa citada precedentemente que «[...] a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos». Con base en todo lo señalado, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática y de las particularidades propias de hechos de violencia contra la mujer en razón de su género, cumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31). Ello se evidencia, particularmente, en la forma de ponderar el testimonio de la víctima, lo que constituye el principal motivo de agravio por parte del recurrente, quien cuestiona la credibilidad del testimonio de las víctimas a partir de considerar que existieron contradicciones o imprecisiones en sus relatos. Conforme lo analizado, entiendo que las pretendidas contradicciones y ambigüedades de los cuestionados relatos, y que fueron satisfactoriamente superadas por los fundamentos brindados por el a quo y reiterados en el voto preopinante -a los que, reitero, adhiero en su totalidad-, sólo pueden ser interpretados adecuadamente desde una cabal comprensión de todas las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los reiterados comportamientos de violencia sexual contra las víctimas. En este sentido, resulta de utilidad el razonamiento que formula Di Corleto en razón de antecedentes de la Comisión IDH, quien considera que “las reglas probatorias más sensibles reconocen que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, en la medida en que éstas no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer” (**Di Corleto, Julieta “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal,(Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 6**).

En definitiva, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho, constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales. ASI VOTO.

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

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

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

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

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 277/288 vta. por la defensa del acusado S. P .G..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Téngase presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

19- SOSA. 29-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	H	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190529_FyQcSTE.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo, en función con el 4° párrafo, incs. b) y f), art. 55 y art. 29 inc. 3° del CP.

Vox: ASI. Gravemente Ultrajante. Convivencia preexistente con menor de 18 años. Vínculo de parentesco. Vicios In Procedendo. Principio de Congruencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** más costas, por considerarlo autor penalmente responsable por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, doblemente agravado por el vínculo y por mediar convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad en un número indeterminado de hechos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP) por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo, sosteniendo que es nula por haber afectado la garantía de imparcialidad del juzgador y por contradecir los principios de la sana crítica racional en el proceso de valoración de la prueba.

También solicita la nulidad de la condena de E.J.S.T. por entender que se ha vulnerado el principio de congruencia, en virtud de que la fecha y cantidad de hechos acusados no fueron definidas y que el imputado no tuvo la posibilidad de defenderse correctamente.. Por último hace reserva del caso federal y solicita la nulidad de la sentencia, la sustanciación de un nuevo debate o, en subsidio, la absolución del acusado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido ya que no se ha violado el principio de imparcialidad del juzgador, como tampoco se evidencia vulneración de las pautas de valoración de la prueba.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de E.J.S.T. y confirmar la sentencia dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos, imponer las costas a la vencida, diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad y tener presente la reserva del caso federal.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 75 de fecha 05/07/2018 pronunciada por el TPC N° 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mopardo dupox 18-05-2018, CUIJ 13 - 04382197-5/1 (LS 556-078)
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Lorente Luis Alberto. 30-09-16:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

b-Doctrina

Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia, y obtención de pruebas válidas para el proceso», págs. 17, 19 y 92.

http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_Web.pdf

<https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/08/UNICEF-Gu%C3%ADa-buenas-pr%C3%A1cticas-abordaje-de-NNyA-v%C3%ADctimas-de-abuso-sexual-y-otros-delitos.pdf>

Julio Maier. Derecho Procesal Penal T. 1 b, pág. 346.

Parágrafos destacados

“[e]l juzgador no es una parte del proceso, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa, su función no es de contenido en relación al conflicto penal, sino de garantía para que las partes ejerzan eficazmente los derechos que les confiere la ley procesal”

“[e]l tribunal intervino sólo con el fin de aclarar aspectos de los hechos ya referidos por los testigos, razón por la que no puede afirmarse que haya direccionado el esclarecimiento del objeto procesal hacia la hipótesis acusatoria a partir de una intervención activa. Dicho de otro modo, estimo que las preguntas criticadas fueron realizadas con pretensiones de esclarecimiento de los dichos proferidos por los testigos (facultad conferida en el art. 399 del rito procesal).

“[e]l a quo adhirió a la postura que sostiene que «[e]n cuanto al concurso material de delitos, corresponde establecerlo en dos hechos, dada la imposibilidad del acusador de realizar una descripción circunstanciada de cada uno de los realmente ocurridos por el tipo de injusto propio de un ámbito de privacidad, tema al que he referido en la cuestión anterior, por lo que haciéndose mención a un lapso relativamente prolongado [...], en el que se verificaron,”

“[s]i la acusación debe «consistir en un acto concreto de comunicación de uno o una serie de sucesos endilgados a una persona, a los fines de que esta pueda rebatirlos correctamente, tal ecuación se ha cumplido, siempre sobre la base de las particularidades del injusto atribuido» (ver fundamentos, fs. 456 y vta.). Frente a estos argumentos, según advierto, la defensa no ha dado mayores precisiones para explicar en dónde advierte una variación de la plataforma fáctica imputada que haya dificultado el ejercicio de su ministerio, o cómo es que la hipótesis alternativa planteada se vio dificultada o entorpecida.”

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

(A.H.)

Fallo.

CUIJ: 13-04412749-5/1((018601-47623)) F. Y QUER. PART. C/ S. T. E. J. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE DOBLEMENTE AGRAVADO POR EL VINCULO Y POR MEDIAR CONVIVENCIA (47623/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104492686*

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04412749-5/1 "F. Y QUERELLANTE PART. C/ E.J.S.T. P/ABUSO SEXUAL". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR PALERMO segundo, el DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de E.J.S.T. plantea recurso de casación (fs. 468/473) contra la Sentencia N° 75 y sus fundamentos (fs. 439 y fs. 446/460, respectivamente), dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de 7 años de prisión más costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, doblemente agravado por el vínculo y por mediar convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad, en un número indeterminado de hechos en concurso real; comportamientos que se le atribuyeran en el marco de los autos N° P-47.623/17 (art. 119, segundo párrafo, en función con el 4° párrafo, incs. b) y f), art. 55 y art. 29 inc. 3°, todos del C.P.; arts. 415, 557, 558 y 560 del CPP). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

El 5 de julio de 2018 el tribunal de sentencia tuvo por acreditada la plataforma fáctica endilgada al imputado y que obra en la pieza acusatoria de fs. 389 y vta., esta es, aquella que establece que «[...] en fecha y hora no determinada, durante la noche pero con posterioridad al día 16 de diciembre de 2016, E.J.S.T., aprovechando la convivencia y la guarda de su nieto [M.B.S.], de seis años de edad, mientras ambos se encontraban en calle [A. 125 de las Heras], indujo en reiteradas oportunidades al menor para que ambos se recostaran desnudos en la cama de E.J.S.T., circunstancia en la que este último le tocaba el pene, le besaba el ano y le introducía su dedo medio en el ano, ocasionándole dolor al mismo». Según el tribunal a quo, la principal prueba de cargo era el testimonio de M.B.S., el que, si bien fue conocido de forma indirecta, no por ello dejaba de ser la fuente de convicción más importante (ver fundamentos, fs. 448). En este sentido, tras adelantar la perspectiva de análisis que emplearía y los instrumentos internacionales que avalan dicha posición, sostuvo que los dichos del niño reunían características tales que le otorgaban plena credibilidad. En primer término, por el contenido de su declaración y, en segundo término, por la forma en que el hecho salió a la luz. Así, detalló el contenido de la declaración de M.B.S. en Cámara Gesell y del testimonio de la Lic. R. E. M., psicóloga del niño y primera persona en enterarse de los hechos de abuso a partir de sus entrevistas con él. Asimismo, resaltó el sentido confirmatorio de las declaraciones de T.S., madre de M.B.S., de M. B., su maestra, y de D.M., pareja de T.S. (ver fundamentos, fs. 448/451). Respecto de estos testimonios explicó que, si bien podían ser considerados

“de oídas” o “de referencia”, no significaba que debían rechazarse en forma absoluta, toda vez que no siempre es posible obtener y practicar la prueba directa.

Consideró que en el juicio de veracidad y credibilidad de dichos testimonios, no existía ningún elemento probatorio que hiciera suponer la intención de los testigos de perjudicar al imputado. En este sentido, también destacó que los testimonios se encontraban reforzados por las declaraciones de los profesionales del GAR y del EPAASI, así como por los dibujos que M.B.S. hizo en terapia junto a la Lic. M. (ver fundamentos, fs. 452 y vta.).

II.- El recurso de la defensa

El recurso de casación contra la resolución antes individualizada encuentra fundamento en lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo.

En primer lugar, sostiene que la sentencia es nula por haber afectado la garantía de imparcialidad del juzgador.

En este sentido, indica que el magistrado sentenciante formuló preguntas a los testigos más allá de las autorizadas por el código de rito, de modo que suplió el rol de investigador. Destaca pasajes de las declaraciones de los testigos T.S. y G.S., y del imputado, y explica, con apoyo en jurisprudencia y doctrina locales, porqué las interpelaciones de la magistratura de juicio han sido indicativas y parciales.

En este sentido, afirma que el sesgo de parcialidad del tribunal fue determinante para dictar una sentencia condenatoria.

En segundo lugar, plantea la nulidad de la sentencia por haberse vulnerado los arts. 206 y 416 inc. 4 del CPP, es decir, por contradecir el tribunal de juicio los principios de la sana crítica racional en el proceso de valoración de la prueba. En este sentido, por un lado, detalla partes de la entrevista de M.B.S en la audiencia de Cámara Gesell y apunta que el profesional a cargo de dicha tarea realizó preguntas indicativas de las respuestas que luego diera el menor de edad. Asimismo, explica que parte de los hechos acusados no fueron referidos por el niño en la audiencia y que estos sólo encuentran sustento en la declaración de la Lic. E. M., psicóloga particular de M.B.S., circunstancia que indica que no existen constancias capaces de acreditar, por ejemplo, que el acusado y su nieto se bañaban juntos, que aquél le daba besos en la cola o que bailaban desnudos. Entiende que las declaraciones de la Lic. M. no pueden ser considerados elementos de certeza para condenar porque sólo se basan en las supuestas manifestaciones que le refirió el niño en sesiones de terapia y no encuentran reparo en lo dicho en la Cámara Gesell.

En esta línea, además, apunta que el lenguaje utilizado por el niño es diferente al utilizado por la Lic. M. o su madre, razón por la que no pueden ser creíbles los dichos de la psicóloga en tanto afirma que M.B.S. le dijo que el imputado le había tocado el pene y le había besado el ano. Por otro lado, también como vicio en la valoración de la prueba, la defensa se agravia porque el informe psicológico elaborado por el perito de control en el marco de la audiencia de Cámara Gesell no fue valorado por el tribunal a quo. Advierte sobre la importancia de este elemento de prueba, en tanto el profesional hacía notar la posibilidad de que las preguntas hechas al niño fueran sesgadas y hayan inducido las respuestas. Por último en este apartado, realiza consideraciones críticas sobre los dibujos realizados por M.B.S. en las sesiones de terapia con su psicóloga. Afirma que no son coherentes entre sí puesto que, mientras que algunos elementos fueron dibujados con meros trazos indefinidos, sin forma y sin sentido, la figura fálica sí fue clara y coincidente con un pene y testículos, lo que significa que el niño pudo haber sido “adiestrado” para dibujar esta figura. Menciona que esta advertencia fue alegada en audiencia de debate pero que no fue valorada. Finalmente,

en tercer lugar, solicita la nulidad de la condena de E.J.S.T. por entender que se ha vulnerado el principio de congruencia. Manifiesta que la fecha y cantidad de hechos acusados no fueron definidas y que el imputado no tuvo la posibilidad de defenderse correctamente. En este sentido señala que el juez no explicó por qué tuvo por acreditados que los hechos sucedieron con posterioridad al 16/12/2016, y no antes. Entiende que, de este modo, a la defensa le resultó imposible dar una explicación alternativa o una mínima resistencia a la acusación fiscal. Señala que la duda generada por estas imprecisiones no pudo despejarse con la declaración de M.B.S. en Cámara Gesell, y que ello ilustra la insuficiencia para arribar a la atribución de responsabilidad por un número indeterminado de hechos ocurridos, supuestamente, luego del 16/12/2016. Además, en este punto la defensa se agravia en tanto que el juez de sentencia cambió la plataforma fáctica de la acusación. Explica que el acusado fue condenado por dos hechos que no fueron ubicados en el tiempo. Además, asevera que el tribunal tampoco expuso cómo es que concluyó que fueron exactamente dos hechos. Concluye al formular reserva del caso federal y solicitar la nulidad de la sentencia, la sustanciación de un nuevo debate o, en subsidio, la absolución del acusado.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal de los planteos formulados por la defensa del acusado, adelanta su opinión en el sentido del rechazo de la pretensión casatoria. En lo relativo al pedido de nulidad por violación del principio de imparcialidad del juzgador, advierte que las preguntas formuladas por el tribunal se encuentran dentro de las previsiones del art. 399 del CPP. Ello, en tanto son aclaratorias de los términos “oscuros” vertidos en cada declaración.

Explica que, en general, las preguntas del sentenciante estuvieron encaminadas a dilucidar si hubieron móviles extraños que pudieron motivar la denuncia de los hechos, y que ello no grafica una intencionalidad investigativa. Agrega que la aclaración respecto de posibles móviles extraños al hecho es un análisis que favorece a la defensa antes que a la acusación.

En referencia al agravio por la presunta vulneración de las pautas de valoración de la prueba, realiza diversas consideraciones. Por un lado, informa que el rol de los profesionales que intervienen en la producción de la Cámara Gesell es doble, en tanto que, sin bien deben incentivar al menor de edad para que declare lo sucedido, también debe traducir en conceptos precisos lo que quiere comunicar el entrevistado.

Esto último, puesto que los niños no tienen el vocabulario para designar experiencias que desconocen y asimilan lo que les pasa con lo poco que conocen. De este modo, explica que al referir M.B.S que el acusado lo “pinchó”, el profesional comprendió por experiencia y conocimiento técnico qué fue lo que el menor de edad quería comunicar, y, por ello, preguntó “¿en qué parte te metía el dedo?”. Sostiene que así la Cámara Gesell cumplió su función, toda vez que la pregunta del profesional tradujo al lenguaje adulto lo que M.B.S quería decir y puesto que la respuesta, “adentro del poto”, confirmó que la traducción era apropiada. Por otro lado, entiende que aquello que el niño no dijo en Cámara Gesell, pero sí en terapia, fue explicado por la licenciada M. de manera simple, lógica y coherente con lo que se conoce acerca de las declaraciones de menores en Cámara Gesell. Comenta que M.B.S. no conocía a los psicólogos que lo entrevistaban y que eso explica por qué el niño se puso una capucha sobre la cabeza y por qué no quería hablar, hasta el punto de decir que “no le gustaba hablar de eso”.

pone que no es cierto que el juez no haya considerado el dictamen del perito de control respecto de las lagunas mentales, sino que consideró que la exposición de la Lic. M. fue clara, precisa, contundente y evidente para quienes presenciaron la Cámara Gesell. En lo relativo a los argumentos defensivos referidos

a los dibujos del niño, entiende que no dejan de ser una opinión personal discordante con la de los peritos que poseen el conocimiento técnico para interpretar este tipo de expresión.

Finalmente, respecto del pedido de nulidad por indeterminación de los hechos, el Procurador recuerda que en los casos de abuso sexual -en tanto que hechos que suceden en la intimidad- la valoración probatoria es más amplia que en la investigación de delitos comunes, de modo que cobran un valor especial el testimonio de la víctima y los informes psicológico-psiquiátricos.

Los informes relativos a la víctima, a fin de corroborar si el relato de los hechos es verdadero, y los relativos al imputado a fin de establecer si las características de su perfil psicológico pueden llevarlo a cometer esta clase de hechos.

En este sentido, afirma que la amplitud en la valoración probatoria justifica la indeterminación temporal del hecho, toda vez que un niño tiene escasa percepción del paso del tiempo y no posee la capacidad para una determinación específica en días, meses o años.

Por ello, según afirma el Procurador, la finalidad del juzgador es establecer que el hecho acusado haya sucedido realmente, aunque no pueda establecerse una fecha exacta.

En este orden de ideas, resalta que la valoración del tribunal privilegió el testimonio directo de la víctima, los testimonios corroborantes de su terapeuta, su madre y la pareja de ésta; además de los testimonios de la maestra del menor, de la Lic. A. R. y de la Dra. C. del GAR. Por todas estas razones, considera que el recurso formulado por la defensa no puede prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

A fin de determinar por qué la sentencia condenatoria recurrida no contiene los vicios que se le reprochan, a continuación seguiré el orden de agravios propuesto por la defensa. Veamos. a. Sobre la vulneración al principio de imparcialidad .

El primer punto de agravio invocado indica que el tribunal de juicio ha vulnerado el principio de imparcialidad en la medida en que, al formular preguntas «investigativas» a algunos de los testigos y al acusado, referentes a la posibilidad de que el inicio de las actuaciones haya perseguido un móvil económico, excedió la facultad prevista en el art. 399 del CPP.

Según afirman los recurrentes, el tribunal inclinó su labor hacia la acusación fiscal puesto que dichas preguntas dieron fundamento a una conclusión negativa sobre el presunto interés de la denunciante en perjudicar al acusado.

Al respecto, entiendo importante traer a colación los criterios avalados por este Cuerpo sobre el alcance del principio de imparcialidad del juzgador. Según se ha explicado en la causa «Mopardo Dupox», en tanto que el juzgador no es una parte del proceso, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa, su función no es de contenido en relación al conflicto penal, sino de garantía para que las partes ejerzan eficazmente los derechos que les confiere la ley procesal. De acuerdo con ello, lo relevante para aseverar la vulneración al principio de imparcialidad radica en escudriñar si la persona encargada de juzgar ha direccionado el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado del conflicto, a partir de una intervención activa. En este sentido, también resulta relevante lo dicho por este Tribunal en el precedente «Flores González».

En esta ocasión se indicó que la concepción del juez como un sujeto de rol pasivo frente al conflicto penal, implica vedarle la posibilidad de ejercer tareas propias y exclusivas de las partes -afirmar, alegar, impugnar- y la posibilidad de reemplazar estas tareas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate.

En consonancia con ello, también se dijo que la prerrogativa reconocida al juez en el art. 399 del CPP indica que su acceso al esclarecimiento de los hechos es pasivo (es decir, recibiendo información provista por las partes), de modo que las preguntas que puede realizar no excederán su rol de sujeto imparcial si apuntan a aclarar el sentido de respuestas ya dadas por el testigo que interroga.

Ahora bien, tras analizar las preguntas denunciadas por la defensa en contraste con los criterios jurisprudenciales detallados y lo sucedido en las audiencias de debate, puede afirmarse que aquellas no pueden ser interpretadas como intromisiones indebidas del juzgador, toda vez que refirieron a algún punto no aclarado por el testigo y no tuvieron como fin agregar información novedosa que sirviera a la hipótesis de la acusación. La defensa señala, por ejemplo, que el tribunal preguntó a la hija del imputado «...de sus tres hermanos, A., es la única que la acompañó pero, ¿tampoco creía que su papá fuera el autor del hecho? ... Ud. dice que al mes de hacer esta denuncia su hijo le contó ¿y qué le contó?». No obstante, estas preguntas fueron formuladas después de que la declarante expresara, que su hermana A. la había acompañado a denunciar pero que lo hizo con un total descreimiento porque el acusado había desmentido el hecho, y que su hijo no le contó lo sucedido sino un mes después de la denuncia (ver soporte de audio correspondiente a la audiencia del día 21 de junio de 2018, entre los minutos 20:45/26:13 y 29:27/31:32). Otra de las críticas de la defensa apunta a las preguntas realizadas al imputado, en tanto el tribunal indagó «¿Ud. cómo se llevaba con [T.S.]? ¿Ya no la quiere?». Esta mediación, sin embargo, se produjo luego de que la defensa preguntara a E.J.S.T. si había tenido una pelea con su hija y luego de que el acusado diera los detalles de las discusiones que tenía con la madre de la víctima (ver soporte de audio correspondiente a la audiencia de debate del día 5 de julio de 2018, entre los minutos 10:00/17:30). El detalle anterior indica, según entiendo, que el tribunal intervino sólo con el fin de aclarar aspectos de los hechos ya referidos por los testigos, razón por la que no puede afirmarse que haya direccionado el esclarecimiento del objeto procesal hacia la hipótesis acusatoria a partir de una intervención activa. Dicho de otro modo, estimo que las preguntas criticadas fueron realizadas con pretensiones de esclarecimiento de los dichos proferidos por los testigos (facultad conferida en el art. 399 del rito procesal).

b. Sobre la errónea valoración de la prueba rendida en el debate En el marco de este punto de agravio la defensa invoca una serie de irregularidades en la valoración de la prueba incorporada y sostiene que la sentencia es nula por haber vulnerado los principios de la sana crítica racional. Esta idea debe ser desestimada, toda vez que cada uno de los aspectos resaltados carece de la entidad suficiente como para considerarlos puntos irracionales de la condena. En primer lugar, la defensa indica que el tribunal a quo valoró erradamente la entrevista realizada a M.B.S en Cámara Gesell. Ello, puesto que no consideró que la profesional a cargo del encuentro indujo al niño a rellenar las lagunas en su declaración y a contestar en un sentido particular. Para una mejor comprensión de lo dicho, aquí conviene citar las partes de la entrevista que la defensa destaca y las preguntas puntualmente criticadas. Así, el recurrente cita que: «[d]el video de la Cámara Gesell practicado al menor y su transcripción puede verse que es preguntado por la Profesional: “y para qué te sacaba los pantalones?” el menor responde: “para pincharme”, el profesional insiste: “para pincharte”; el menor responde: “con la uña”; el profesional pregunta: “y a dónde te pinchaba?” el menor responde: “en el pote”, el profesional responde: “y eso pasó una vez, pasó más veces”, a lo que el menor responde: “más”; el profesional pregunta: “y en qué parte

decís vos que te metía el dedo?” el menor ante esa pregunta: (silencio prolongado) adentro del potito mío me lo metía”; el profesional insiste: “vos decís que esto había pasado más de un vez? el menor responde: sí”» (ver acta correspondiente a la audiencia de Cámara Gesell, agregada a fs. 205). En concreto, la defensa considera que el niño fue inducido a contestar en un sentido particular, en la medida en que no dijo que su abuelo le había “introducido su dedo”, sino que lo había “pinchado con la uña”, y puesto que utilizó la palabra “poto”, y no la palabra “ano”. Asimismo, la defensa considera que la profesional interviniente indujo a M.B.S al incluir opciones en la pregunta relativa a la cantidad de veces que se produjeron los presuntos abusos. Al respecto, de modo preliminar, entiendo importante recordar lo dicho por este Cuerpo en la causa «Lorente, Luis Alberto». En esa ocasión, se sostuvo que las características propias de las víctimas de abuso sexual infantil exigen que los procedimientos que se utilicen sean accesibles y apropiados a la edad, grado de madurez y desarrollo de las niñas/os o adolescentes involucrados. En ese orden, la preguntas que los especialistas formulen «pueden ser de distinto tipo: de final abierto, focalizadas, específicas o de opción múltiple, priorizando siempre las primeras sobre las últimas, ya que estas brindan información de mayor confiabilidad», y la valoración «de una pregunta como dirigida o sesgada no solo depende de la consideración de esa pregunta aisladamente, sino también en función de lo que la NNyA ya dijo en la entrevista. Por lo tanto, cada pregunta debe ser analizada en función de toda la entrevista, como una puntada en un tapiz» (ver, UNICEF/JUFEJUS/ADC, «Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia, y obtención de pruebas válidas para el proceso», págs. 17, 19 y 92, recuperado el 9/2/2018 http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_Web.pdf). Ahora bien, conforme con las líneas del precedente citado considero que la crítica recursiva no encuentra asidero suficiente para prosperar. Efectivamente, respecto de la pregunta acerca de la cantidad de veces que habrían sucedido los hechos de abusos, se advierte que no señala una respuesta precisa, sino que otorga opciones posibles sobre las que el niño contestó libremente. En lo relativo a la pregunta sobre el modo en que se produjeron los abusos debe decirse, por un lado, que la intervención de la profesional a cargo de la audiencia de Cámara Gesell no puede ser calificada como indicativa de una parte específica del cuerpo del niño en el que el acusado cometió el abuso imputado. En efecto, ésta no hizo mención del “ano” o “poto” para referirse al lugar en dónde el acusado “metía” el dedo. Por otro lado debe decirse que, si bien es cierto que M.B.S. dijo que su abuelo le obligaba a bajarse el pantalón para “pincharle” el “poto” con la uña (y no que éste le “metía” un dedo), éstas expresiones no pueden valorarse de modo aislado, sino, en contraste con lo sucedido en el marco de la entrevista y con el resto de los elementos probatorios incorporados a la causa. En este sentido, debe destacarse que M.B.S tenía 6 años de edad al momento de celebrarse la Cámara Gesell y que, según explicó la Lic. M., su psicóloga, este contexto lo inhibía y avergonzaba. Tal fue así, que el niño manifestó su deseo de que aquella profesional estuviese presente y lo acompañase (ver acta de fs. 204 y fundamentos, fs. 450 vta.). Además, no pueden dejar de valorarse los testimonios incorporados al proceso que, de manera indirecta reforzaron la hipótesis sobre la que se construyó el relato acusatorio. La compulsión de las declaraciones brindadas por M. en la investigación indica que los hechos de abuso fueron develados de modo progresivo en los distintos encuentros que tuvo con M.B.S. Así fue que, mediante el uso de juegos de roles y la construcción de confianza con su psicóloga, el niño contó sucesivamente, que su abuelo le tocaba y besaba el “poto” en la cama cuando dormían o en la bañera cuando se bañaban, y, según palabras de M., «que su abuelo le tocaba el pene para que se hiciera duro o blando» y que «con el dedo, el abuelito le tocaba el potito, y que

cuando a él le tocaba el poto le daban ganas de ir al baño, entonces él le pedía ir [...], y el abuelo le decía que ahora no, que no se hiciera caca, y yo le pregunté si alguna vez se había hecho caca, y me dijo que sí, que una vez le había hecho caca en el dedo a su abuelo, y que su abuelo se había re enojado» (ver declaraciones de fs. 13 y fs. 149/152). Según entiendo, esto demuestra que la idea de la introducción de un dedo en el ano de M.B.S. no fue introducida de manera sugestiva o indicativa en la audiencia de Cámara Gesell, sino parte de un relato que éste ya había iniciado junto a su psicóloga y que no pudo expresar de manera espontánea frente a personas desconocidas. Lo dicho anteriormente se refuerza con la lectura de los testimonios de T.S. y D.M., su pareja. Según T.S., M.B.S. le relató antes de la audiencia de Cámara Gesell que su abuelo lo tocaba y que la mayoría de las veces ocurría de noche, cuando ella trabajaba. Además la testigo explicó, siempre según los dichos de M.B.S., que el acusado le bajaba los pantalones o que lo hacía poner boca abajo en su vehículo y le tocaba sus partes íntimas. También, que el niño pasaba mucho tiempo con su abuelo y que en muchas oportunidades dormían juntos. Por su lado, D.M. fue coincidente con la declaración de T.S. y con los dichos del propio M.B.S., pues comentó, según le dijo el niño, que el acusado le besaba la cola, que le metía el dedo en la cola o que se mojaba el dedo para meterle hasta la uña (ver detalle de los testimonios en los fundamentos, fs. 450 vta. y fs. 451 y vta.). El contenido de estas declaraciones, según entiendo, permite desechar el argumento defensivo que indica que no existían elementos de prueba suficientes para que el tribunal tuviese por ciertos los hechos que M.B.S. no detalló en la audiencia de Cámara Gesell (estos son, los tocamientos y los besos en la cola). Según se advierte, la parte recurrente no ha articulado ningún tipo de objeción capaz de demostrar porqué los testimonios rendidos en la causa han sido insuficientes, razón por la que la crítica también debe ser desestimada en este punto. En otro orden de ideas, la defensa afirma que el tribunal no valoró el informe elaborado por el perito de control que asistió a la audiencia de Cámara Gesell, elemento en el que se informaba que el niño habría llenado lagunas mentales con la finalidad de cumplir el rol asignado y que habría sido sugestionado. Este argumento debe ser desestimado, toda vez que no permite calificar a la sentencia criticada como un acto inválido por arbitrariedad. Ello por lo siguiente. Por un lado, puesto que el contenido de dicho informe no fue siquiera invocado por la misma defensa en sus alegatos, circunstancia que permite presumir la falta de interés en su valoración (ver soporte audiovisual correspondiente al día 5 de julio de 2018, minutos 1:24:00 a 1:42:20). Por otro lado, puesto que dicho elemento probatorio sólo alude a posibles explicaciones respecto de los dichos de M.B.S. En este sentido, el informe indica que el niño «pudo» haber rellenado lagunas mentales o que «pudo» haber sido inducido a contestar mediante una pregunta sesgada. Pero, según se explicó anteriormente, estas posibilidades no encuentran reparo en las constancias de la causa, en la medida en que quedó determinado que el relato del niño no obedeció a una idea introducida de manera sugestiva, sino a la propia construcción de los hechos y al contexto de inhibición en el que se manifestó. Por último en este marco, tampoco pueden prosperar la línea crítica que indican que la precisión con la que M.B.S. dibujó un órgano viril masculino demuestra que fue entrenado. Esta idea fue planteada durante la audiencia de debate al alegar que la denuncia contra E.J.S.T. formó parte de un plan con motivos económicos, pero, no obstante, no fue acompañada de ningún elemento de prueba que demostrara que el tipo de dibujo realizado por la víctima, un niño de 6 años, se condice más con un “entrenamiento”, que con un indicador de abuso. c. Sobre la vulneración del principio de congruencia El punto de agravio relativo a la presunta vulneración del principio de congruencia no puede ser recibido por las siguientes razones. Esta crítica formó parte de los alegatos de la defensa en ocasión de formular sus alegatos y es reeditada en esta instancia sin mayores argumentos que demuestren de qué modo la sentencia criticada ha alterado el objeto procesal imputado

a E.J.S.T., y, de ese modo, cómo ha vulnerado el derecho de defensa del acusado. Respecto de la ubicación temporal en particular, debe destacarse que los hechos acusados fueron establecidos con posterioridad al 16 de diciembre de 2016 y esta circunstancia fue conocida por la defensa desde el inicio mismo de las actuaciones. Así surge del acta de imputación formal primigenia, obrante a fs. 38, de la modificación de la imputación, obrante a fs. 209, y de las pruebas sobre las que estribaron dichas intimaciones. En este sentido se destaca la denuncia, ocasión en la que T.S., madre de la víctima, aclaró que los hechos comenzaron a sucederse desde el fallecimiento de su madre (abuela materna de la víctima) y durante la noche, horario en el que M.B.S. dormía con su abuelo (ver fs. 1 vta.). Esta fijación se vio corroborada, luego, con la propia declaración del niño en Cámara Gesell, contexto en el que dijo recordar que hacía calor, que era de noche, que su madre se encontraba trabajando cuando su abuelo abusaba de él y que los hechos se iniciaron en la «casa nueva» (ver acta de fs. 205). Por ello, no existen razones para sostener, como lo hace la defensa, que la fecha de los hechos no fue definida y que la defensa no pudo ejercerse sobre este aspecto de la acusación. Con lo anterior, entiendo importante subrayar los fundamentos del tribunal a quo sobre cómo debe interpretarse el recaudo de precisión, de tiempo y lugar, con el que opera la acusación, en casos de abuso sexual infantil. Respecto de este tema, el tribunal dijo que la clase de hechos que se discuten en esta causa, generalmente, ocurren en la intimidad y sin la presencia de testigos presenciales, y son protagonizados por personas mayores convivientes. Esta particularidad, sumada a las características propias de quienes son las víctimas en estos casos -niños/as y adolescentes expuestos al trauma de un abuso-, dificultan la evocación precisa del tiempo y el lugar en el que se suscitaron los hechos, razón por la que, a efectos de que la acusación respete el derecho de defensa y refleje lo distintivo en este tipo de abusos sexuales, resulta suficiente la individualización de períodos de tiempo (meses, años) que comienzan o culminan con ciertos acontecimientos (ingreso o egreso escolar, cumpleaños, mudanzas, vacaciones, etc.), y de sitios (vivienda, colegio, club, etc.); no pudiéndose exigir horas (aunque sí, nocturnidad o no, por ejemplo), ni fechas exactas (ver fundamentos, fs. 455 vta. y fs. 456). Este argumento, según mi modo de ver, no ha sido rebatido por la parte recurrente, toda vez que no ha articulado postura alguna capaz de explicar cómo las garantías del acusado se han visto vulneradas. En sintonía con lo anterior, no puede soslayarse que la defensa, contrariamente a lo sugerido en esta instancia, ha ejercido su ministerio de modo activo y no ha encontrado límites en la redacción de la plataforma fáctica. Según surge de los alegatos ensayados en el debate oral, los representantes del acusado dedicaron arduos argumentos para controvertir la credibilidad del testimonio de la Lic. E. M., psicóloga particular de M.B.S. y la credibilidad del niño. Asimismo, para plantear como hipótesis que la denuncia contra E.J.S.T. formó parte de un plan pergeñado por la madre de M.B.S para quedarse con su vivienda y que, en consonancia con ello, el niño fue sugestionado para hablar de abusos y entrenado para realizar dibujos sexuales con una gran precisión en los encuentros con su psicóloga (ver soporte audio visual correspondiente al día 5 de julio de 2018, minutos 1:24:00 a 1:42:20). De lo anterior, según entiendo, se desprende que los letrados recurrentes nunca plantearon una hipótesis alternativa tendiente a desvincular al acusado del espacio y el tiempo que fueron fijados en la acusación, es decir, capaz de controvertir los aspectos que aquí se señalan como limitadores del ejercicio de la defensa. Finalmente en este punto, respecto de la cantidad de hechos endilgados al acusado, es importante resaltar que la plataforma fijada por el sentenciante no ha vulnerado el principio de congruencia. Efectivamente, que el tribunal de sentencia haya condenado a E.J.S.T. por dos hechos de abuso en concurso real, frente al número indeterminado de hechos en concurso real acusados en la requisitoria fiscal, halló fundamento en las particularidades propias, ya precisadas, de los abusos sexuales infantiles. En este sentido, el a quo

adhirió a la postura que sostiene que «[e]n cuanto al concurso material de delitos, corresponde establecerlo en dos hechos, dada la imposibilidad del acusador de realizar una descripción circunstanciada de cada uno de los realmente ocurridos por el tipo de injusto propio de un ámbito de privacidad, tema al que he referido en la cuestión anterior, por lo que haciéndose mención a un lapso relativamente prolongado [...], en el que se verificaron, cabe estar a la solución propuesta por Julio Maier en tal sentido (Derecho Procesal Penal T. 1 b, pág. 346)». Asimismo, tras sostener que la aplicación de la figura del delito continuado debía descartarse, en tanto que en cada reiteración aparece un nuevo sufrimiento para la víctima, el tribunal a quo indicó que no se ha menoscabado el derecho de defensa, pues si la acusación debe «consistir en un acto concreto de comunicación de uno o una serie de sucesos endilgados a una persona, a los fines de que esta pueda rebatirlos correctamente, tal ecuación se ha cumplido, siempre sobre la base de las particularidades del injusto atribuido» (ver fundamentos, fs. 456 y vta.). Frente a estos argumentos, según advierto, la defensa no ha dado mayores precisiones para explicar en dónde advierte una variación de la plataforma fáctica imputada que haya dificultado el ejercicio de su ministerio, o cómo es que la hipótesis alternativa planteada se vio dificultada o entorpecida. En conclusión, la sentencia originaria del Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción no contiene los vicios que se han aducido en esta instancia, razón por la que el recurso de casación presentado por la defensa de E.J.S.T. debe ser desestimado y, en consecuencia, debe confirmarse su condena. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ. V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ. V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ. V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 468/473 por la defensa de E.J.S.T. y confirmar la sentencia dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial y sus fundamentos, obrantes a fs. 439 y fs. 446/460, respectivamente.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 29 de mayo de 2019.

20- VERA MORALES. 06-06-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190606_FcVMJ.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo del CP. Art. 298 del CPP. Ley 24660. Ley 8465.

Vox: Abuso sexual simple. JAI cuestionado. Prisión domiciliaria. Competencia. Ejecución.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Los recurrentes entienden que el tribunal homologó el acuerdo del juicio abreviado, pero se excedió respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, dado que la defensa y el Fiscal de Cámara oportunamente acordaron la modalidad de cumplimiento, esto es que la prisión de J. C. V. M. **fuera domiciliaria**

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 110, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Chacón Azeglio.

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

(M.L.)

Fallo.

CUIJ: 13-04460368-8/1((018602-118647)) FC/V. M. J. C. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO (118647) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104541272*

En Mendoza, a los seis días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04460368-8/1, caratulada "F. C/ V. M., J. C. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ CASACIÓN".

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

La defensa particular de J. C. V. M. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 110 en tanto resultó condenado a la pena de tres años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, en los autos N° P-118.647/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

En lo pertinente para la resolución de la causa, el Tribunal Penal Colegiado N° 2, condenó en el marco de un juicio abreviado a J. C. V. M. a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo en la Penitenciaría como autor del delito de abuso sexual simple.

El acuerdo presentado por el Ministerio Público Fiscal y la defensa, en lo que respecta a la modalidad de cumplimiento concretó que ésta sería domiciliaria.

2.- Recurso de casación

Los recurrentes fundan la pretensión casatoria en el art. 475 inc. 1 y 2 del CPP, por entender que el tribunal homologó el acuerdo del juicio abreviado, pero se excedió respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, dado que la defensa y el Fiscal de Cámara oportunamente acordaron la modalidad de cumplimiento, esto es que la prisión de J. C. V. M. **fuera domiciliaria.**

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 313 y vta., el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación interpuesto, desde que la resolución cuestionada no adolece de los vicios que pretende el recurrente.

4. Informe de audiencia in voce

Al momento de realizarse la audiencia oral solicitada por la defensa del encartado de conformidad a lo previsto en el art. 480 del CPP, el defensor de V. M. reiteró los cuestionamientos formulados en el escrito casatorio y, en este sentido, consideró que la sentencia atacada resulta arbitraria toda vez que el juzgador se apartó notablemente del acuerdo celebrado entre el Ministerio Público Fiscal y la defensa en orden a la modalidad de cumplimiento de la pena pactada.

Estimó que esta cuestión debía continuar regulada por el **art. 298 del CPP y no por la ley 24.660 y ley provincial 8465.** Por estas razones solicitó que se homologara el acuerdo en sus condiciones originarias.

A su turno, el Fiscal Adjunto de la Procuración General solicitó el rechazo del recurso toda vez que, el juez de sentencia informó detalladamente a las partes la imposibilidad de aceptar lo relativo a la prisión domiciliaria, en tanto constituía atribución del juez de ejecución evaluar las condiciones para su otorgamiento.

Agregó finalmente, que el juzgador informó debidamente a las partes, quienes aceptaron e insistieron en la homologación del acuerdo.

5.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar en base a las siguientes consideraciones. Resulta esencial, en primer lugar, relevar las constancias de la causa a fin de sustentar la solución anticipada.

En este sentido y según surge de la compulsa efectuada, en la audiencia de fs. 293 y vta., el Fiscal de Cámara modificó la calificación legal del hecho, quedando calificado éste como abuso sexual simple en tanto «el 17 de agosto de 2017 entre las 12:30 y las 16:30 horas, en el domicilio ubicado en calle ..., C.L.L.M. de ocho años de edad, se encontraba viendo una película junto a su tío abuelo J. C. V. M. en la cama de la cucheta de una de las habitaciones del domicilio y tras quedarse dormida, el imputado realizó tocamientos inverecundos, provocando que la menor se despertara y retirara del lugar».

En ese marco, el representante del Ministerio Público Fiscal, el imputado y su defensa particular, celebraron un acuerdo de juicio abreviado inicial y concertaron la pena de tres años de prisión en efectivo respecto de J. C. V. M. y en cuanto al cumplimiento de la pena, convinieron que la misma fuera en la **modalidad domiciliaria** (ver registro audio-visual 07:46, específicamente a 08:09). En la misma audiencia, la defensa reiteró su pedido respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena acordada (registro de audio 9:51).

El juzgador, al momento de verificar las condiciones del acuerdo alcanzado, formuló una serie de apreciaciones en relación a la **prisión domiciliaria acordada**. Expresamente informó que lo relativo a la admisibilidad o no, de la prisión domiciliaria es una atribución del juez de ejecución, en tanto a éste es a quién corresponde fijar la modalidad de cumplimiento de acuerdo a las previsiones de la ley nacional 24.660 y ley provincial 8465 (ver registro de audiovisual 11:30).

En el mismo sentido el a quo agregó que una vez que la sentencia quedara firme producto del juicio abreviado y practicado el cómputo respectivo, el órgano competente para expedirse sobre su procedencia, o no, es el **juez ejecución**.

En ese contexto la defensa admitió la posición del tribunal, dejando expresa constancia de la utilización de las vías impugnativas pertinentes (registro audiovisual 12:51) y solicitó que se homologara el acuerdo pertinente.

El relevamiento de las constancias del expediente, como del registro audiovisual puntualizado en los párrafos que anteceden, me convencen de la decisión que adelanté. Si bien es cierto que el juicio abreviado es una herramienta procesal cuya finalidad es incrementar la eficacia del sistema penal, y que el acuerdo celebrado entre el representante del Ministerio Público Fiscal, del imputado y su defensa debe contener todo lo relativo al hecho, la calificación legal y la pena, no menos cierto es que el órgano jurisdiccional debe controlar el cumplimiento de los recaudos formales, esto es la oportunidad de la petición y el consentimiento del imputado para acceder a este procedimiento especial, ya que debe admitir el hecho, la acusación y la calificación legal.

Cuando el control de todos los extremos haya sido superado, el juez admitirá el acuerdo propio del juicio abreviado y dictará sentencia conforme los elementos probatorios recogidos en la investigación preliminar, con el límite del acuerdo celebrado.

En ese contexto se impone precisar el alcance y contenido de lo estipulado. En lo específico, si el acuerdo de las partes al tiempo de convenir, respecto de la modalidad de cumplimiento de la pena debe ser homologado en su totalidad como lo pretende la defensa en su escrito casatorio o, si por el contrario, resulta acertada la decisión del juez interviniente al avalar parte del acuerdo, esto es sólo lo relativo al monto de la pena y la calificación del hecho investigado.

Sobre una cuestión vinculada al tema en tratamiento he tenido oportunidad de expedirme al respecto en el precedente recaído en «**Chacón Azeglio**». Allí se había acordado la pena de ejecución condicional (art. 27 del CP) con la particularidad de que las reglas de conducta no formaron parte del acuerdo celebrado, que fueron fijadas por el juzgador y fue motivo precisamente de impugnación casatoria.

En ese precedente sostuve que «el juez tiene la obligación legal de imponer reglas de conducta que deben ser cumplidas imperativamente por el condenado, bajo apercibimiento de revocación de la condicionalidad.

El acuerdo celebrado entre las partes debe circunscribirse a la cantidad o calidad de la pena aplicable al caso concreta, según la calificación jurídica que corresponda al hecho acusado, el que además de reconocido por el imputado debe encontrarse acreditado concordantemente por las pruebas de la investigación penal preparatoria [...] integren o no el acuerdo de juicio abreviado cuya aplicación se peticiona, el órgano jurisdiccional deberá imponerlas bajo el tipo y modalidad de cumplimiento [...] el tribunal impuso reglas de conducta no solicitadas por el órgano acusador, no existe afectación del consentimiento expresado por el imputado, ya que, como se dijo, no precisan ser negociadas porque la validez sustancial del acuerdo no se pierde por no haber sido alcanzadas por el mismo».

Ese precedente guarda cierta simetría con el caso bajo análisis, toda vez que, en esencia lo que se cuestiona aquí como en aquél, son las facultades del órgano jurisdiccional en relación a determinados aspectos del acuerdo celebrado en el marco del juicio abreviado (art. 418 CPP).

En el caso bajo análisis, el juzgador informó sobre los límites de su competencia, en tanto les hizo saber que carecía de facultades para disponer la modalidad de cumplimiento de la pena, dado que ello encontraba marco regulatorio en las leyes 24.660 y 8.465 pues es en tal marco normativo donde se encuentran delimitados los requisitos para otorgar una pena en el domicilio. Así, homologó el acuerdo «pero no bajo el sistema de ejecución que están solicitando».

El representante del Ministerio Público Fiscal expresó no tener inconveniente alguno, en tanto que la defensa particular solicitó que se homologara el acuerdo, y que reservaba eventualmente las vías impugnativas correspondientes.

En conclusión, tengo para mí que el decisorio impugnado no es arbitrario como entiende la defensa, sino que el juzgador luego de haber ejercido el pertinente control de legalidad, dictó una sentencia ajustada a derecho y dentro de su competencia. Reitero que la defensa solicitó la homologación del acuerdo en las condiciones informadas por el tribunal, por lo que advierto una contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, “Zambrano”, “Cía Azucarera Tucumana”, Fallos 312:1725; “Vicente Robles”).

La aplicación judicial de esta doctrina se materializa como una suerte de prohibición o inadmisibilidad, que impide la invocación de alegaciones que importen ponerse en contradicción con los propios actos anteriores.

En realidad queda invalidado o impedido con ello el obrar incoherente. Ha dicho el Máximo Tribunal al respecto que «la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Dicha regla gobierna el ejercicio de los derechos [...] y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y del derecho público» (**CSJN Estructuras Tafi Sacel**).

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Garay. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY CUELI adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY CUELI adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. DALMIRO F. GARAY CUELI adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 299/300 por la defensa de J. C. V. M..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. M. L. y A. B. para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 06 de junio de 2019.

21- MAUTINO HERRERA. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FS	NNA	-	PCE IA	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcMHA.pdf

Lex: Art. 120 en fc. con el art. 119, 3° y 4° párrafos inc. e del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Calidad del sujeto activo. Policía.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** con más la de inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal de una persona menor de dieciséis años de edad agravado por la calidad del sujeto activo.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y de vicios in procedendo. Con relación a los vicios de procedimiento la Defensa se agravia por la supuesta falta de motivación en los fundamentos de la sentencia atacada. En esa línea, considera que, con base en la errónea valoración antes referida, se subsumió la conducta del imputado en la figura del art. 120 en función del art. 119, párrafos tercero y cuarto del Código Penal, cuando en rigor de verdad ha existido un error de tipo invencible en dicha conducta con base en los conocimientos con los que ex ante contaba el imputado.

El señor **Procurador General** estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado debe ser sustancialmente rechazado. En ese orden, expresa que la defensa pretende un nuevo análisis de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa. Considera que la ley sustantiva se ha aplicado correctamente y que no existe arbitrariedad en la valoración de las pruebas e indicios.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado, en tanto no ha logrado desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria que aquí se cuestiona.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7.631, pronunciada por la 1ra Cámara del Crimen actual TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Marinozzi. 18-11-09:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

“Ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca de acuerdo a derecho, no lo será.”

Parágrafos destacados:

“Lo expuesto obedece a que, tal como ha señalado la magistrada sentenciante, el imputado «con conocimiento de que M.O. era una persona menor de dieciséis años de edad, y valiéndose de su inmadurez sexual y su vulnerabilidad por su estado de salud notorio y evidente [...], conociendo su condición objetiva de superioridad, no solo por su mayoría de edad, sino por la función que como policía cumplía en la emergencia, logró el fin que se había propuesto (...)”

SCJM. Dres.: Valerio. Llorente. Adaro.

(A.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04136980-3/1((010501-80234)) F. C/ M. H. A. J. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (80234) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104200087*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04136980-3, caratulada “FC/ M. H. A. J. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN”.

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

La defensa del imputado A. J. M. H. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 7.631 agregada a fs. 440 y vta. y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de seis años de prisión con más la de inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal de una persona menor de dieciséis años de edad agravado por la calidad del sujeto activo (arts. 120 en relación al artículo 119, párrafos tercero y cuarto en función de la letra “e” del Código Penal); pronunciamiento dictado en la causa N° P-80.234/12 por la Primera Cámara del Crimen, de esta Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- Sentencia recurrida

El tribunal sentenciante, en sala unipersonal presidida por la Dra. Lilia María Vila, condenó al imputado A. J. M. H. del modo señalado precedentemente, por entender acreditado que «[...] para fecha 12 de mayo de 2012, aproximadamente entre las 20.00 y 21.00 horas, la menor M.O. –de 14 años de edad– y oriunda de la provincia de ..., quien se encontraba de paso por esta provincia [...] llegó hasta la terminal de ómnibus sita en ..., pensando que su madre estaría en el lugar [...] la menor –que padece trastorno de personalidad con déficit intelectual en la franja de debilidad mental lo que genera falta de control de sus impulsos sexuales, sintomatología que resulta notoria y evidente–, [...] se dirigió hasta el destacamento policial (etom) que se encontraba ubicado en ala suroeste de dicha terminal, lugar donde había dos policía de guardia, les preguntó si su mamá no había ido por ahí para preguntar por ella ya que se habían desencontrado, entabló –en el destacamento al cual había acudido– una conversación con el imputado

A. M., policía que encontraba cumpliendo funciones de guardia en dicho lugar. En esas circunstancias M., le preguntó la edad a la menor M.O. quien le dijo que tenía catorce años de edad. Luego, el imputado salió del destacamento en compañía de la menor hacia un lugar de la Terminal que no ha podido establecerse, pero siempre dentro del perímetro de la misma, lugar en el cual continuó conversando con la menor, exhibiéndole fotografías de índole sexual, para después conducirla hasta el baño que utiliza el Destacamento, ubicado aproximadamente a 50 metros del mismo, en el cual mantuvo relaciones sexuales con la menor M.O., accediéndola carnalmente, vía vaginal, hasta eyacular» (fundamentos fs. 481 y vta.).

II.- Recurso de casación

El remedio procesal deducido se basa en los incisos 1 y 2 del art. 474 del C.P.P., Ley 6.730, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y de vicios in procedendo.

En relación a los vicios de procedimiento la Defensa se agravia por la supuesta falta de motivación en los fundamentos de la sentencia atacada.

En ese orden, el recurrente sostiene que en el fallo cuestionado se hace una sintética y parcial relación de la prueba producida durante el debate oral.

En particular, del testimonio de la madre de la víctima de autos, en cuanto a la circunstancia de que esta última posee un desarrollo evidentemente superior al promedio de su edad y a la falta de notoriedad de su enfermedad, como también de la declaración del Lic. I. respecto de la complejidad del cuadro psicológico de la menor y la dificultad de apreciación de dicho cuadro para un lego. En relación a los dichos de este último, entiende que no se han analizado conforme los parámetros establecidos por esta Suprema Corte de Justicia in re **“Marinozzi”**.

Agrega que no se han valorado las declaraciones testimoniales incorporadas por lectura de los efectivos de policía E. y A. M..

A su vez y respecto a los defectos sustanciales, el recurrente cuestiona la subsunción de la base fáctica en el tipo penal endilgado.

En esa línea, considera que, con base en la errónea valoración antes referida, se subsumió la conducta del imputado en la figura del art. 120 en función del art. 119, párrafos tercero y cuarto del Código Penal, cuando en rigor del verdad ha existido un error de tipo invencible en dicha conducta con base en los conocimientos con los que ex ante contaba el imputado.

En función de ello, solicita se fije audiencia de informe oral y formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado debe ser sustancialmente rechazado.

En ese orden, expresa que la defensa pretende un nuevo análisis de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa. Sostiene que el recurrente insiste en la versión

defensiva y que esa reiteración no alcanza para romper el cuadro probatorio colectado por la investigación y relevado por el a quo en la sentencia.

En relación a los vicios in procedendo, considera que todos y cada uno han sido explicitados por el a quo, entendiendo que el imputado supo que la víctima era menor y que con su juicio crítico pudo advertir que no estaba ante una persona de características normales.

Asimismo, entiende que el consentimiento de la menor con un cuadro psiquiátrico como el descrito está seriamente viciado, con lo cual no entra en la consideración de la responsabilidad penal del encartado como una decisión libremente consentida.

Agrega que tampoco existió ningún tipo de error por falta de conocimiento ex ante del delito o de las condiciones de la víctima, ya que aún conociéndolas actuó en infracción de la ley de la que tiene pleno conocimiento, no sólo porque es pública y notoria, sino que por su condición de policía estaba en mejores condiciones de conocer.

En función de ello, considera que la ley sustantiva se ha aplicado correctamente y que no existe arbitrariedad en la valoración de las pruebas e indicios.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del imputado, en tanto no ha logrado desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria que aquí se cuestiona. Paso a explicarlo.

a) Sobre los cuestionamientos vinculados a la fundamentación de la sentencia y a la valoración de la prueba

Tal como surge del escrito recursivo y de la línea defensiva desplegada a lo largo del proceso, advierto que el recurrente ha centrado su crítica en la valoración que la sentenciante efectuó de los elementos de prueba incorporados vinculados con la posibilidad que tuvo el imputado de advertir la patología psíquica que padece la adolescente M.O., y de actuar en consecuencia.

Dicho de otro modo, el impugnante no cuestiona que los hechos objeto del proceso hayan acaecido sino que, de acuerdo a su propia valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa, reitera la hipótesis de que su defendido no pudo percibir que la víctima padecía –y aún padece– una patología psiquiátrica que tornó inválido su consentimiento para mantener relaciones sexuales con aquél.

Sin embargo, tal pretensión no puede prosperar en esta instancia. En primer lugar, porque tal argumento –expresado actualmente a modo de agravio casatorio– ya fue desarrollado durante el plenario mediante la defensa material ejercida por el imputado y por su defensa técnica, y descartado por la magistrada sentenciante, basándose en un análisis completo e integral del cuadro probatorio incorporado, sin que se observe en su razonamiento arbitrariedades o vicio alguno.

En segundo lugar, porque de las constancias de la causa no se deriva ninguna otra conclusión más que aquella a la que llegó la a quo, teniendo en cuenta la contundencia de la prueba que puso de resalto lo evidente de la discapacidad de la víctima de autos.

En efecto, sin perjuicio de que la defensa de M. sostiene que éste no pudo advertir las características de la niña que subsumen su conducta en la figura típica endilgada, lo cierto es que durante el presente proceso no sólo se ha acreditado que el imputado conoció la edad de M.O. sino también que su discapacidad era notoria, conforme los elementos de prueba producidos e incorporados con la conformidad de las partes.

Ello se desprende del relato efectuado por la niña, quien –conforme lo señalado por el a quo– expresó que «se dirigió al Destacamento de ... y allí vio que estaban dos policías de guardia a quienes les contó que estaba esperando a su mamá [...] que se puso a conversar con el policía más joven [...] en eso que estaban hablando, siempre en el Destacamento, le preguntó cuántos años tenía, le dijo catorce y que cumpliría quince el quince de agosto» (fundamentos, fs. 476). Ese relato fue calificado por la sentenciante como plenamente creíble, atento a que M.O. es frontal, no fabula, no crea historias y presenta un discurso lógico, espontáneo y con detalle de lugar y personas con los cuales la joven interactuó, con base en el informe agregado a fs. 66/67 de autos y que fuera ratificado por el Lic. I. durante la audiencia de debate.

Por su lado, y sin perjuicio de los argumentos defensistas, comparto las consideraciones de la jueza interviniente en cuanto a que también ha quedado acreditado que la patología sufrida por M.O. era evidente, teniendo en cuenta las declaraciones de la progenitora de la adolescente, del Inspector A. y del testimonio del Lic. I..

Así, conforme señala la a quo, al Inspector A. –superior jerárquico de M.– «le bastó hablar cinco minutos con la menor para advertir que era una débil mental, aclarando que en lo físico no se notaba» (fundamentos, fs. 480) y, si bien la defensa del imputado refirió que éste estuvo poco tiempo con M.O. como para advertirlo, lo cierto es que el acusado permaneció en compañía de la adolescente un periodo de tiempo considerablemente mayor que el Inspector A., como para formarse un determinado juicio crítico, al menos, respecto del grado de madurez de la niña, conforme ha señalado la sentenciante a lo largo de su fundamentación.

No pasa inadvertido que el recurrente cuestiona la interpretación que el tribunal hizo de los dichos emitidos por la madre de M.O., en cuanto a que la enfermedad de la niña no era notoria para los ajenos, y la valoración que la a quo efectuó del informe psicológico psiquiátrico –y su posterior declaración ampliatoria– efectuado por el Lic. I., particularmente, en tanto éste último sostuvo que el cuadro de debilidad mental, bipolaridad e hipersexualidad que presenta M.O. no necesariamente podía ser notado por un lego y que, frente a ese cuadro, podría confundirse.

Sin embargo, advierto que en tal cuestionamiento la defensa del imputado realiza un análisis fragmentario de la prueba producida en autos, tratando de favorecer con ello su estrategia defensiva.

En efecto, en lo que concierne a los dichos de M. O., madre de la adolescente, la a quo puso de resalto que si bien la progenitora de M.O. dijo que su debilidad mental no era notoria, explicó que sí era evidente su bipolaridad y aquello que se relacionaba con el tema de los “muchachos”, relatando cómo era su comportamiento frente a ellos. Esta circunstancia se ve corroborada con la conducta que la propia víctima

manifestó haber desplegado al interactuar con el imputado en los hechos objeto del presente y, en ese aspecto, conduce a rechazar la crítica del recurrente.

Del mismo tenor es la respuesta que corresponde dar al agravio referido a las explicaciones dadas por el Lic. I.. En ese sentido, omite considerar la defensa de M. que, aun cuando el perito aludido expresó que «un lego frente a ese cuadro podría confundirse», también dijo que «frente a ese cuadro complejo de la menor, cabía preguntarse quién es el otro, quién es [...] el “partener” en esas circunstancias» (fundamentos, fs. 475 y vta.).

Siguiendo esa pauta, la sentenciante analizó –contrariamente a la tarea llevada a cabo por el impugnante– la evaluación psiquiátrica y psicológica practicada en relación al imputado –“partener” de M.O. en los hechos investigados– y la valoró en forma conjunta con la practicada a la víctima de autos.

En ese orden, la medida practicada respecto de M. por profesionales del Cuerpo Médico Forense y por el perito de control propuesto por su defensa técnica –quien no emitió dictamen en disidencia, como destacó la a quo–, condujeron al tribunal a sostener que «frente a la menor con una debilidad mental de leve a moderada, con franca alteración de su juicio crítico, con ausencia de frenos inhibitorios que le permitan una adaptación social, principalmente en el área de la sexualidad, que la conduce a vincularse con desconocidos de manera totalmente impulsiva, [...] el imputado, su “partener”, en las circunstancias que nos ocupan y con sus características de personalidad indicadas [...] sacó rédito y se aprovechó de esa situación» (fundamentos, fs. 476); razonamiento en el que no se advierten los vicios denunciados por el recurrente.

Asimismo, cabe señalar que no le asiste razón al impugnante en cuanto sostiene que el tribunal de juicio ha omitido valorar las testimoniales de los funcionarios policiales E. y A., cuyas declaraciones fueron incorporadas por lectura con la conformidad de las partes.

Ello, toda vez que, conforme surge de las constancias de fs. 471/472, la sentenciante ha consignado el contenido de la declaración brindada por el Auxiliar L. A. A. M. y a fs. 476 vta., la a quo expresó que cuando la menor ingresó al Destacamento no sólo estaba M., sino también A. –conforme a los dichos de la niña– y que «si A. ese día estaba a cargo como Oficial de Guardia, no podía pasarle desapercibido que la menor había mantenido una conversación con M. en el interior del Destacamento, sin embargo, negó que M. estuviera en el destacamento cuando arribó la menor preguntando por su mamá», por lo que decidió hacer lugar a la compulsa solicitada por el fiscal de cámara a su respecto.

Ahora bien, en lo que concierne a la declaración del Auxiliar E., resulta coherente que no se haya hecho valoración alguna, en tanto M.O. expresó que M. la llevó al baño, previo pedirle las llaves a su compañero E., «a quien la niña conoció con el apodo el “Negro” – como lo indicara el perito en su informe de fs. 66/67– y a quien saludó con un “piquito”, que fuera respondido con otro “piquito” por parte de ese funcionario», quien luego entregó las llaves al imputado y le dijo «tené cuidado, que si te ven te van a echar». Estas circunstancias motivaron que la sentenciante resolviera hacer lugar también al pedido de compulsa solicitado por el órgano acusador contra este funcionario, encontrándose por demás justificado que no hiciera ninguna valoración de sus dichos ante una eventual participación en los hechos traídos a estudio.

En definitiva, la hipótesis defensiva tendiente a tener por acreditado que el imputado ha obrado con base en un error respecto de la edad de M.O. y de la validez de su consentimiento, por no ser ostensible su patología psíquica, no puede prosperar, en tanto la prueba obrante en autos no hace más que confirmar la hipótesis acusatoria de que M. actuó con pleno conocimiento de las circunstancias descriptas.

En función de lo expuesto y no advirtiéndose ninguno de los vicios denunciados por el recurrente, corresponde rechazar los puntos de agravios relativos a la fundamentación y valoración probatoria.

b) Acerca de cuestiones vinculadas a la calificación legal de los hechos

Acreditados los hechos del modo en que ha sido señalado precedentemente, considero que los mismos han sido correctamente subsumidos por el Tribunal de sentencia en las previsiones del art. 120 en función del art. 119, párrafos tercero y cuarto, letra “e” del Código Penal.

Lo expuesto obedece a que, tal como ha señalado la magistrada sentenciante, el imputado «con conocimiento de que M.O. era una persona menor de dieciséis años de edad, y valiéndose de su inmadurez sexual y su vulnerabilidad por su estado de salud notorio y evidente [...], conociendo su condición objetiva de superioridad, no solo por su mayoría de edad, sino por la función que como policía cumplía en la emergencia, logró el fin que se había propuesto (...)» (fundamentos, fs. 482).

Dicho de otro modo y conforme se encuentra corroborada la plataforma fáctica objeto del presente proceso, advierto que en la misma se configuran todos los elementos constitutivos de la figura típica endilgada a M. y que su encuadre legal ha sido suficientemente fundado por el Tribunal de juicio en la sentencia cuestionada.

Sin perjuicio de que la defensa del imputado considera que el mismo desplegó su conducta con base en un error de tipo invencible en relación a los conocimientos con los que contaba ex ante, lo cierto es que tal extremo no surge de la valoración probatoria antes reseñada. Por el contrario, conforme se analizó precedentemente, ha quedado acreditado que M. tuvo pleno conocimiento tanto de la edad como del estado psicológico de la niña M.O. y que, pese a ello, actuó del modo que se le reprocha, sin que surja de su accionar ningún atisbo de error.

En virtud de ello, considero que los agravios casatorios constituyen tan sólo una discrepancia con los argumentos del a quo, la que no obstante ser legítima en función del rol procesal que ocupa no resulta suficiente para conmovir el acto sentencial.

Por lo tanto, y opinión concordante del Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Armando J. M. H..

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente y Dr. Adaro. Adhiere.

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

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

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

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

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 488/494 por la defensa de A. J. M. H. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de N° 7.631 dictada por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. S. S. G. para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

22- RIVEROS CORTEZ. 13-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI EG	NNA	-	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcRCD.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125, 2° párrafo del CP

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Dos o más personas. Corrupción de menores agravada. Encargado de la guarda. Valoración de la prueba.

Summa:

El TPC condenó a:

-R.C.D. R. P., a la pena de **catorce años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por dos o más personas en concurso ideal con corrupción de menores agravada por la edad de las víctimas (art 119 segundo párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125 segundo párrafo del CP)

-J. S. Z. V. a la pena de a **nueve años de prisión en efectivo** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por dos o más personas en concurso ideal con corrupción de menores agravada por la edad de las víctimas (art 119 segundo párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125 segundo párrafo del CP)

-D O. R. C. a la pena de **dieciséis años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por dos o más personas en concurso ideal con corrupción de menores agravada por la edad de las víctimas y por ser quien en ese momento tenía la guarda de los menores (art 119 segundo párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125 segundo y tercer párrafo del CP).

La **defensa** de los señalados interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación formulado por la defensa oficial de R.C.D. R. P., J. S. Z. V. y D O. R. C., y en consecuencia confirmar la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 185, pronunciada por el TPC N° 1-1° CI.

Precedentes citados

a-CSJN

- “Casal, Matías Eugenio”.
- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

- Caso Bámaca Velázquez vs Guatemala. 25-11-00:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

c-SCJM.

- Concha, Jesús. 20-09.18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

(M.L.)

Fallo.

CUIJ: 13-04489483-6/1((018601-108187)) FC/ R.C.D. O., Z. V. J. S. Y P. R.C.D. R.C.D. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (108187) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104570807*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04489483-6/1 caratulada "F. c/ R. C., D O.; Z. V., J. S. Y P. R.C.D., R. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (108187) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

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

La defensa oficial de R.C.D. R. P., J. S. Z. V. y D O. R. C. interpone recurso de casación -f 1066/1074 vta.- contra la Sentencia N° 185 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 por cuanto condenó al primero de los nombrados a catorce años de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por dos o más personas en concurso ideal con corrupción de menores agravada por la edad de las víctimas (art 119 segundo párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125 segundo párrafo del CP), al segundo a nueve años de prisión en efectivo por el mismo delito; y al tercero a dieciséis años de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por dos o más personas en concurso ideal con corrupción de menores agravada por la edad de las víctimas y por ser quien en ese momento tenía la guarda de los menores (art 119 segundo párrafo en función con el inc. d del mismo art., 54 y 125 segundo y tercer párrafo del CP).

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia, actuando en forma colegiada, condenó a los acusados con los alcances precedentemente señalados por considerar acreditados los hechos que les fueran intimados oportunamente. Debe señalarse al respecto que, conforme surge del requerimiento fiscal de citación a juicio, se acusó a R.C.D. R. P., J. S. Z. V. y D O. R. C. de que «el día 24 de octubre de 2.016 en horas de la noche D O. R. alias "..." pasó a buscar a los menores L.V.N.S., M.E.S., J.K.L. y R.M.L. por el domicilio sito en el Barrio y los llevó a una rotisería ubicada en calle En ese lugar se encontraban R.C.D. R. P., S. J. A. Z., la menor D.E.B. (inimputable) y tres personas de sexo masculino no habidas ni identificadas». «Una vez dentro del local comercial, enviaron a L.V.N.S. a efectuar unas compras y una vez que esta se retiró, R. (de 54 años de edad), Z. V. y D.E.B. (quien actuaba a instancias de los sujetos mayores de edad) desnudaron a los menores ... y comenzaron a golpearlos, circunstancia que fue advertida por L.V.N.S. a su regreso. Luego de que esta última ingresara nuevamente al lugar, D.E.B. le quitó la ropa y junto con R. y Z. comenzaron a meterles los dedos en la cola a los niños y en la vagina a la menor L.V.N.S. conductas que eran captadas con una cámara fotográfica manipulada por la menor inimputable Mientras esto ocurría, R.C.D. R. P., quien se encontraba desnudo al igual que los demás sujetos, preparaba drogas» (v. requerimiento de citación a juicio, f 782 y vta.).

Para así resolver, valoró fundamentalmente los testimonios de AEOC, MER, JPRC, RRP (h), MAM, BCR, GG, GESP, APM y MAL, así como informes del Cuerpo Médico Forense y del EPAASI y el testimonio de la niña víctima LVBSL prestado en Cámara Gesell.

2.- Recurso de casación

El defensor de la Cuarta Defensoría oficial, R. Raúl Castro, formula recurso extraordinario de casación – agregado a f 1066/1074 vta.– en representación de los imputados D O. R. C., J. S. Z. V. y R.C.D. R. P., contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial antes reseñada. Funda su impugnación en los art 474 inc. 2, 411 inc 2 y 3, 416 inc 2 y 4 del CPP y 2 del CP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

Los agravios manifestados pueden ser agrupados para su tratamiento del modo en que a continuación se expone.

1. Nulidad de la sentencia.

Expresa el recurrente que la sentencia es nula por dos motivos. En primer lugar, porque no ha establecido la determinación precisa y circunstanciada del hecho que estimó acreditado, como lo requiere el art. 411 inc. 3, de modo que la resolución es nula conforme lo establece el art. 416 inc 2.

Explica que esta omisión le impide controlar el cumplimiento del **principio de congruencia**, es decir, la identidad entre los hechos por el que se acusó a sus defendidos y aquél por el cual se los condenó; y que también afecta principios constitucionales como el *ne bis in idem*.

En segundo lugar, sostiene que el pronunciamiento es nulo por vicios de fundamentación, en tanto su motivación es global, desordenada, no expresa ni clara, incompleta, omisiva de cuestiones esenciales de la causa y porque no especifica las pruebas que fundamentan cada conclusión. Considera la defensa que la motivación del fallo carece de un nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que arriba, sin respeto del principio lógico de razón suficiente que exige que la prueba en que se fundamente la sentencia sólo permita arribar a una única conclusión, y no a otras, es decir, que las conclusiones deriven necesariamente de las pruebas invocadas.

2.- Valoración de la prueba.

Señala el defensor que el tribunal de sentencia ha realizado una valoración arbitraria de la prueba rendida en las presentes actuaciones. Para fundar su argumento se centra en las testimoniales ofrecidas por la defensa (MER, JPRC, RRP (h), MAM, BCR, GG, GESP, APM), la declaración de la madre de los menores de edad, M. A. L., el testimonio de la menor de edad LVNSL, y la declaración de R.C.D. D. S.. Además, alude al informe de f 47, al informe del EPAASI de f 230, al resultado de la Cámara Gesell transcrito a f 438 y s, los exámenes físicos practicados a los menores de edad por el Cuerpo Médico Forense y los informes del Hospital Notti. Los agravios al respecto pueden sintetizarse del modo en que sigue. En relación a los testigos ofrecidos por la defensa y cuyas declaraciones fueron valoradas en conjunto por el juzgador, cuestiona esta forma de análisis globalizado y resalta que todos ellos fueron consistentes en afirmar que «... están todos los días en especial en horarios de la noche y que no se han sucedido los hechos que se remarcan ...» (f 1071 vta.). Como algunos de ellos son familiares del acusado P., explica por qué confían en él y por qué saben que el día del suceso los hechos no ocurrieron en su casa.

Respecto de la declaración de la madre de los menores, M. A. L., advierte confusiones en las circunstancias de tiempo, lugar y personas involucradas en el hecho.

Respecto de lo primero, sería imprecisa en tanto ubica el suceso entre el 2 y el 20 de octubre de 2016. Sobre el lugar, la testigo sostuvo que los menores de edad localizaron el hecho tanto en un “campito”

como en la rotisería de uno de los acusados; mientras que sobre el suceso mismo, sus hijos le contaron que «...» (por R.) los había violado metiendo palos en las partes íntimas y el pene a la menor de edad LVNSL.

Advierte inconsistencias entre la declaración de LVNSL prestada en Cámara Gesell, el informe de f 47, el del EPAASI del f 230 y al resultado de la Cámara Gesell transcripta a f 438 y s en relación con los intervinientes en el hecho. Estas variaciones incluirían alternativamente a siete niños; o al hijo del dueño de la rotisería, y tres menores de edad de sexo femenino; o a cinco adultos y dos menores o siete adultos y la menor D.. Además, cuestiona la declaración de LVNSL en cuanto individualiza a R., a quien no quería porque tenía una relación con su madre y la golpeaba; a Z., aunque su declaración se contradice con la de R.C.D. D. S., quien dijo que cuando habló con ella le había dicho que Z. no había estado; y a P., a quien describe como «gordito y pelado» pero quien en realidad es obeso mórbido, no es pelado y siempre tuvo bigote. En punto a los exámenes físicos practicados a los menores por el Cuerpo Médico Forense 21 días después del hecho, afirma que para los cuatro menores el resultado es el mismo: «no se encontraron hallazgos de certeza en relación al hecho investigado» (recurso, f 1072 vta.).

A su vez, los informes del Hospital ... agregados a f 45 vta. concluyen que «no se evidencian lesiones tegumentarias compatibles con maltrato infantil» (recurso, f 1072 vta.), informe efectuado inmediatamente después de la denuncia, dirimente y no mencionado en la sentencia condenatoria. Requiere que en esta instancia se aplique la doctrina alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o agotamiento de la capacidad de rendimiento, conforme la jurisprudencia de la Corte Federal sentada en autos “**Casal, Matías Eugenio**”.

Por lo expuesto, solicita se haga lugar a los agravios reseñados y se resuelva a favor de los imputados por aplicación del principio *in dubio pro reo* contenido en el art. 2 del CP, en su defecto se anule el decisorio o se reduzca la pena.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el Procurador General se manifiesta por el rechazo de la impugnación. Señala que, si bien su entender procede formalmente, la impugnación no puede ser acogida en base a los siguientes motivos.

Por una parte, porque aunque la defensa intente desmoronar las pruebas existentes en contra de los acusados, el juez ha realizado un profundo análisis de la evidencia que lo ha llevado a concluir que perpetraron el hecho, sin poder vislumbrarse vicios de fundamentación en su decisión.

Así, para el juez ha sido fundamental la declaración de la niña LVNSL, quien reiteró su versión todas las veces que fue interrogada –por su madre y por los profesionales en Cámara Gesell–, y quien además había sido encontrada llorando a las cuatro de la mañana.

A eso se agregan los resultados de los exámenes físicos, que apoyan la existencia de los hechos –excoriaciones en la zona vaginal de una niña de 4 años, y deposiciones sanguíneas en un niño de 2 años– y la descripción de circunstancias de tiempo, modo y lugar descriptas por la niña LVNSL. Además, las profesionales de la salud intervinientes resaltaron la existencia de criterios de credibilidad y stress posterior.

La interpretación de la prueba realizada por el juez es a criterio del Procurador General integral de todo el material colectado; inclusiva de las testimoniales ofrecidas por la defensa –respecto de las cuales explicó por qué debían ser descartadas– y correcta en su evaluación de los exámenes psíquicos, de la supuesta relación entre R. y la madre de una de las víctimas –circunstancia que le permitió llevarse a los

menores de edad a la pizzería de P.–, de la intervención de cada uno de los imputados en el hecho y su reflejo en la determinación de la pena.

Por otro lado, afirma que la oralidad implica un acortamiento de los tiempos procesales y un contacto más directo entre las partes, lo que implica que los fundamentos de la sentencia puedan ser más concisos, lo cual sin embargo no conlleva su insuficiencia. En tanto la prueba ha sido considerada de forma conjunta, los vicios de fundamentación alegados por la defensa deben ser rechazado

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento corresponde adelantar que, por los motivos que a continuación se exponen, el recurso de casación planteado por la defensa de los acusados debe ser rechazado en esta instancia.

De forma preliminar y en punto a la admisibilidad formal del recurso en tratamiento, entiendo que es admisible en vista de que la sentencia objeto de impugnación se enmarca dentro de las resoluciones que el código de procedimientos establece como susceptibles de ser impugnadas por esta vía, y de que los recurrentes se encuentran legitimados subjetivamente para hacerlo (v. art 475 y 478 inc. 1° del C.P.P.).

Asimismo, se han invocado y sustentado agravios en los motivos previstos por el inc. 1° del art. 474 del código mencionado, esto es, en la presencia de vicios in procedendo. Sentado cuanto precede y adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado.

Para arribar a esta solución analizaré en primer lugar el agravio vinculado a la falta de determinación precisa y circunstanciada del hecho que se consideró acreditado, luego me ocuparé de los vicios relativos a la valoración probatoria y, finalmente, de la alegada falta de fundamentación o fundamentación arbitraria de la sentencia.

a. Respecto de lo primero, es decir, el agravio según el cual no se ha enunciado correctamente el hecho, debo decir que el mismo no se corresponde con las constancias de la causa.

En efecto, del análisis de los registros audiovisuales que acompañan las presentes actuaciones –v. f 1080– se advierte que el presidente del Tribunal que dictó la sentencia condenatoria pronunció oralmente sus fundamentos, en audiencia frente a las partes.

Este modo de resolver implica una dinámica paradigmáticamente distinta a la que rige el sistema escrito, donde regularmente se transcriben los hechos tal y como surgen de la acusación escrita y luego se explica cuáles proposiciones fácticas se consideran probadas y –en su caso– cuáles no. E

n el caso que nos ocupa, si bien el presidente del Tribunal no leyó a modo de transcripción los hechos según la acusación, sí ha enunciado con claridad los hechos que tuvo por acreditados, conforme los art 155 y 411 inc. 3 del CPP.

Respecto de la forma de fundamentar sentencias de modo oral, recientemente, en autos “Robledo Vergara”, he sostenido que «la regla actual es la digitalización de las audiencias orales como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella.

Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema, quede prevista de manera residual», en base a consideraciones a las cuales corresponde remitir en honor a la brevedad.

En el caso en tratamiento, la técnica empleada por el tribunal ha sido enunciar los hechos que consideró acreditados a partir de las pruebas en las cuales se basó para concluir que ocurrieron de ese modo. En efecto, de las constancias audiovisuales aportadas surge con claridad que los tres imputados, junto con otras tres o cuatro personas no identificadas, abusaron sexualmente de al menos cuatro menores de edad,

individualizados como LVNSL, RML, JKAL y ME –v. constancias audiovisuales tituladas “Fundamentos”, minutos 6’55’’ y 7’55’’–.

Además, se sostuvo que R. pasó a buscar a los dos menores para llevárselos, y la bisabuela de los menores se opuso a que solo fueran dos de ellos y no los cuatro, por lo que se llevó a los más grandes, a pesar de que podían contar lo que pasaba.

Luego los llevó a la rotisería de P., donde estaba éste con unos amigos, lo que hacía un total de seis o siete persona. Este grupo se desvistió delante de los menores y comenzó a abusar de ello. Al respecto, el a quo expresamente señaló: «[...] los desvistieron, los hicieron vestirse de mujer a algunos, usar tacos, pintarse la cara como si fueran mujeres, mientras los filmaban [...]» –v. constancias, min. 12’15’’ y s–. Luego también explicó el sentenciante que para sacarse de encima a la menor de edad que podía contar lo sucedido, la mandaron a comprar una gaseosa, para que no estuviera en el lugar mientras se cometían los abusos, y destacó el rol de P., en tanto: «[...] no abusó de los menores, [...] les dio la casa, les dio pastillas, les dio vino a los menores de 9 a 2 años [...]». Explicó que R. tenía la guarda de los menores, pues los había retirado del cuidado de su bisabuela, que lo conocía por ser amigo y compañero de trabajo de su hija y conocido de su nieta, y que sólo quería llevarse a dos menores pues ellos no podrían contar lo que planeaba hacer. Por otra parte, dio cuenta de la participación de Z., que tomó intervención en los tocamientos –v. constancias, min. 16’16’’ y s–.

Respecto de la concreta materialidad del hecho, tuvo por acreditado que a uno de los menores de edad –de 2 años– le introdujeron dedos en el ano y que a otra menor le causaron lesiones en la vagina –v. constancias audiovisuales, 18’43’’ y s–.

En este sentido, refirió que la menor de 9 años había relatado cómo habían abusado de sus hermanos, metiéndole los dedos, quemándolos con agua caliente y con un encendedor y disfrazando de mujer y maquillando a uno de ellos –22’40’’ y s–.

Finalmente, señaló que hubo una mujer que llegó y les dijo a los menores que se fueran, que se escaparan. Ellos se escaparon y fueron traídos nuevamente por D.V. Como ya habían sido descubiertos, los bañaron con agua caliente, los acomodaron y los devolvieron –v. constancias, min. 24’25’’ y s–. Del mismo modo, la sentencia da cuenta de la intervención en el hecho que corresponde a cada imputado, de la fecha y hora del suceso –el día 24 de octubre de 2016, a las doce de la noche– y el lugar donde ocurrió –v. constancias, min. 30’ y s, 32’44’’ y s, 26’ y s, y 29’15’’ y s respectivamente–.

Lo dicho permite descartar el agravio analizado, en tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar del suceso por el cual se condenó a los imputados fueron suficientemente enunciadas en la sentencia impugnada. Por lo tanto, en este caso en particular, no advierto que el modo empleado al efecto por el sentenciante constituya una irregularidad tal que justifique la anulación de la resolución impugnada.

Cabe, sin embargo, efectuar algunas consideraciones ulteriores, en razón de que la defensa ha sostenido que la indeterminación precisa y circunstanciada del hecho acreditado ha tenido como consecuencia la afectación de su derecho de defensa relativo al control de cumplimiento del principio de congruencia, y ha afectado principios constitucionales como el *ne bis in idem*.

Sin embargo, tal como se demostró antes, la sentencia permite efectuar un control del hecho que se consideró acreditado y, además, la defensa no ha acreditado de qué modo la decisión adoptada por el Tribunal afectaría la congruencia entre el hecho acusado y aquél por el cual se condenó a sus defendidos y cuya calificación luce concretamente determinada –y que puede ser conocida por la defensa– en la sentencia agregada a f 1047 y vta.

Tampoco ha explicado de qué forma se habría vulnerado la prohibición de doble punición. De este modo, en tanto estos agravios aparecen infundados y sin sustento en las constancias de la causa, corresponde su rechazo en esta instancia.

Corresponde entonces la aplicación del criterio sostenido en otras oportunidades por este Tribunal, según el cual «la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes» (vgr. autos N° 13-03792662-5/1 caratulados “**Miranda Sosa**”, N° 13-03728658-8 caratulados “**Luna García**”, entre otros), de modo tal que sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “**Acosta**”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000), lo que en el caso no ocurre.

b. En punto a los pretendidos vicios en la valoración probatoria expuestos por la defensa, debo señalar que, del análisis de esos aspectos de la sentencia surge que el acto impugnado cuenta con todos los requisitos necesarios para su validez.

De forma preliminar, corresponde afirmar que en casos como el presente, donde se analizan hechos de violencia contra menores de edad -algunas de ellas mujeres- y respecto de hechos de abuso sexual, la valoración probatoria debe adoptar una perspectiva que permita ser compatibilizada con las circunstancias en que suelen ocurrir estos hechos –en forma clandestina, sin publicidad, rodeados de amenazas a las víctimas– y con la especial situación de vulnerabilidad de las víctimas.

En efecto, las «**Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**» adoptados por la Cumbre Judicial Iberoamericana con el objeto de brindar una herramienta para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, identifican a este colectivo como el grupo de «personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Las víctimas del hecho atribuido a los acusados resultan vulnerables, en primer lugar, en razón de su edad, sus condiciones sociales y económicas y, en el caso de las niñas, además, por su género.

Estas circunstancias deben ser tomadas en consideración al momento de evaluar el plexo probatorio, no con el objeto de disminuir el estándar probatorio necesario para alcanzar una condena, sino de meritarlo a la luz de la sana crítica racional, comprensiva de las limitaciones de acceso a la justicia de las víctimas.

Por otra parte, tal como he sostenido con anterioridad, en materia probatoria la función de este Cuerpo consiste -según se deriva de lo dispuesto por el artículo 8.2.h. de la CADH- en verificar, esencialmente, tres extremos: 1) que el juez de sentencia contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en la misma le cupo al encausado para dictar su condena; 2) que esa prueba fue producida e incorporada sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; y 3) que la valoración de la sentencia se encuentra motivada de una manera lógica y convincente (conf. “**Mamaní Navarro**”).

En tanto la defensa solamente ha efectuado cuestionamientos del primer y tercer orden, sin agravarse de la forma en que se produjo e incorporó la prueba, este aspecto no controvertido no será evaluado en esta instancia.

Ahora bien, sobre la alegada arbitrariedad de la valoración de la declaración de los testigos aportados por la defensa, que fueron coincidentes en señalar que estaban presentes todos los días en el lugar del hecho y que precisamente el lunes 24 de octubre de 2016 habían estado en la casa que compone la rotisería,

lugar que atienden alternativamente, debe decirse que –contrariamente a lo sostenido por el impugnante– el tribunal ha fundado debidamente su mérito al respecto. En efecto, el a quo fue claro al señalar que todos esos testigos eran, o bien familiares, o bien vecinos del imputado ... Esta circunstancia, sumada a las fuertes similitudes entre sus declaraciones, que además aparecían excesivamente detalladas, y a que todos habían enfatizado que precisamente ese lunes habían estado en el lugar del hecho y que no había pasado nada, a criterio del juzgador les restó veracidad. Esto se veía corroborado por la declaración de la testigo menor edad [SEP], que declaró recordar con precisión que ese día ella había atendido a R. en la rotisería, quien se había bajado con dos menores de edad y se había llevado una pizza.

El contraste de este grupo de testimonios, que externamente respondían a personas vinculadas a uno de los acusados y que internamente mostraban coincidencias contrarias a la sana crítica, con el resto del material probatorio, permitió al tribunal considerarlas constitutivas de una defensa sin más sentido que el desincriminatorio, pero sin sustento.

En relación con las incongruencias que la defensa advierte en el testimonio de la madre de los menores de edad, MAL detalladas en el apartado 2 de este voto, debe señalarse que tampoco asiste razón a la defensa, por cuanto las pretendidas inconsistencias no se verifican en auto. En efecto, por una parte, la testigo no declaró –como pretende la defensa– que los hechos hubieran ocurrido entre el 2 y el 20 de octubre, sino que aproximadamente entre esos días había estado cuidando en el hospital a una familiar que había sido madre y sometida a dos operaciones de cesárea, pero –ante la específica pregunta de la defensa– aclaró no recordar con precisión las fechas: «[Defensor] ¿Desde el 2 de octubre al 20?; [Testigo] Más o menos, sí –v. constancias audiovisuales de la segunda audiencia, min. 10:45 y s, particularmente 11'27''–.

Relató que al regresar a su casa, sus hijos estaban raros, algo les pasaba, no eran los mismo.

Este elemento de prueba, además, carece de decisividad en relación a la determinación de las circunstancias temporales del hecho pues el juez las tuvo por acreditadas a partir de la vinculación de todo el material probatorio, motivo por el cual la pretendida contradicción o incongruencia de la testigo en relación a la fecha no resulta determinante. La alegada incongruencia sobre el lugar en que ocurrieron los hechos tampoco es tal: la madre de los menores de edad declaró que ellos identificaban dos hechos, uno ocurrido en un “campito” y otro en la rotisería.

Sin embargo, el juzgador solamente tuvo por acreditado el suceso ocurrido en la rotisería y descartó el otro por falta de sustento probatorio al respecto. No se trata, pues, de una incongruencia sino de una proposición fáctica no acreditada y, por ello, no constitutiva del hecho por el cual se condenó a los acusado. Lo mismo puede decirse del tramo de la declaración en el cual afirmó que sus hijos le habían relatado que «...» (por R.) los había violado metiendo palos en las partes íntimas y el pene a la menor de edad LVNSL. La defensa sugiere que esta circunstancia se contradice con los hechos considerados acreditados respecto de sus defendidos, pues la calificación por la cual se los condenó no incluye un abuso con acceso carnal, sino un abuso sexual gravemente ultrajante.

Al respecto, debo señalar que el tribunal de juicio, si bien tuvo por acreditado al menos un abuso sexual con acceso carnal al niño RML, que no haya condenado a los acusados por ese delito sino por abuso sexual gravemente ultrajante no implica estrictamente una incongruencia o contradicción.

Por el contrario, el juzgador ha condenado a los acusados por el delito por el cual el Ministerio Público Fiscal requirió la citación a juicio. En igual sentido cabe expedirse en relación con las inconsistencias que

advierte la defensa entre lo que la menor de edad LVNSL le dijo a su madre, el informe del EPAASI y la transcripción de la Cámara Gesell de f 438 y s

Los cuestionamientos al respecto no soportan análisis alguno. La declaración de la madre de la víctima sobre lo que sus hijos le contaron –excepto uno que estaba demasiado afectado por el hecho y no hablaba– identifica a los acusados específicamente, y ubica en el hecho a tres personas más, no conocidas. En total eran siete, declaró, pues también consideraban a la entonces menor de edad D. –v. constancias audiovisuales de la segunda audiencia, min. 12' y s–.

Ahora bien, el informe del EPAASI de f 230 da cuenta de la intervención probable de siete personas, cinco adultos y dos menores de edad –lo cual resulta compatible con la declaración de la menor a la madre, considerando que Z. tenía entonces 18 años y se encontraba también la menor de edad D.– y solamente aludió a dos niñas como víctimas –y no a más– porque «la presente evaluación se efectuó con L. y M., quienes pudieron expresarse sobre la experiencia de carácter psicotraumática que vivenciaron, ellas y sus otros dos hermanitos, éstos últimos por su corta edad no se expresaron verbalmente [...]» (f 230).

Dicho con otras palabras, la contradicción que pretende encontrar la defensa en este punto responde a un interés de parte y no a un mérito errado sobre la prueba. Por su parte, la declaración de esa menor en Cámara Gesell transcrita a f 438 y s dejó claro que «a mí me mandaron a comprar; mis hermanitos estaban en la rotisería, mis hermanitos me quería acompañar y [...] le dijo que no, que se quedaran ellos, entonces yo fui a comprar una Talca Coca, y cuando llegué estaban mis hermanitos sin ropa. [¿]Cuántos de tus hermanitos estaban sin ropa? Los tre [¿]Y qué más viste? Y que les estaban pegando. [¿]Quiénes les estaban pegando? Siete personas que no me acuerdo. El ..., una [¿]Que cómo se llama? [D.V.]. [...]» (f 438, el resaltado corresponde al original).

Las consideraciones efectuadas permiten descartar la existencia de incongruencias en la declaración de la niña LVNSL quien, por el contrario, se ha mantenido uniforme a lo largo del proceso y de las diferentes instancias en las que se manifestó. Debe tenerse en consideración, también respecto de este punto, que a los acusados se los condenó por su propia participación en un hecho en el que tomaron intervención más personas, respecto de los menores de edad hijos de M. A. L., y no respecto de otras posibles víctimas. De tal modo, no puede la defensa pretender cuestionar esta parte de la plataforma fáctica, pues el tribunal ha tenido el debido cuidado de determinar con precisión los hechos acreditados y deslindar aquellos segmentos o circunstancias del suceso sin sustento en prueba aportada a la causa. Por último, la defensa cuestiona la existencia de lesiones en los menores de edad víctimas a partir de exámenes físicos del Cuerpo Médico Forense que dan cuenta de que «no se encontraron hallazgos de certeza en relación al hecho investigado», y de informes del Hospital ... agregados a f 45 vta. que concluyen que «no se evidencian lesiones tegumentarias compatibles con maltrato infantil». En base a esto, cuestiona la existencia misma de los abusos gravemente ultrajantes ocurrido Sobre estas afirmaciones deben hacerse algunas consideraciones.

Por una parte, del informe médico efectuado por personal del Hospital ... y agregado a f 44/46 surge la inexistencia de lesiones tegumentarias compatibles con maltrato físico en tres de los menores de edad, lo cual es congruente con el informe del Cuerpo Médico Forense de f 103/105. Sin embargo, respecto de la menor JKSL de tres años entonces, el examen del Hospital ..., realizado con fecha anterior al del Cuerpo Médico Forense (01/11/16 y 15/11/16 respectivamente), advirtió una «lesión superficial por excoriación en región directo de introito vaginal [...]».

Esta sola circunstancia resulta suficiente para descartar el agravio defensivo. Sin embargo, y tal como fue sostenido con anterioridad, también debe considerarse que no se condenó a los acusados por el delito de

abuso sexual con acceso carnal, sino por abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por diferentes circunstancias respecto de cada uno. Este delito no incluye como elemento objetivo del tipo el acceso carnal, por lo que la supuesta falta de acreditación de tales accesos no tiene relevancia en punto a la calificación jurídica.

Ello, sin perjuicio de que el a quo meritó prueba de la que surgía que una de las víctimas presentaba lesiones en zona vaginal, y otra, deposiciones hemática En este mismo sentido, los hechos por los cuales se los condenó son compatibles con la inexistencia de lesiones que demuestren maltrato físico, pues los abusos pueden haber tenido lugar sin maltrato, o sin dejar rastros de él –vgr., la amenaza de quemar con agua caliente a los menores, el hecho de obligarlos a tomar vino, etc.–.

Esta conclusión implica, por último, que deba rechazarse la solicitud de aplicación del principio in dubio pro reo, en tanto la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un estado de duda interpretativa en relación con el derecho aplicado ni fáctica en punto a las circunstancias de hecho acreditadas, que hagan procedente la petición.

Por otra parte, cabe descartar la pretensión de aplicación del principio in dubio pro reo en tanto el tribunal de juicio –en base a los elementos de prueba detallados con anterioridad– arribó a la certeza necesaria en esta etapa procesal, sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio.

El análisis del mérito probatorio fue plasmado en una resolución sin arbitrariedades, ni parcialidad, y motivada de manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

En función de ello, considero que los agravios del recurrente referidos a la valoración de la prueba constituyen sólo una discrepancia con el resultado de la misma por ser adverso a los intereses de esa parte, por lo que no pueden ser acogido c. Lo anteriormente dicho resulta suficiente para rechazar el agravio de falta de fundamentación o fundamentación arbitraria de la sentencia cuestionada. En efecto, la afirmación de pretendida valoración global y arbitraria de la prueba ha quedado despejada con el análisis del fallo, que motiva suficientemente el mérito de la prueba efectuado y deriva cada conclusión a partir de razonamientos sólidos que incluyen premisas fácticas apoyadas en evidencia respaldatoria bastante.

Por todo ello, considero que el recurso debe ser rechazado y la sentencia cuestionada, confirmada. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala, motivo por el que considero que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de R.C.D. R. P., J. S. Z. V. y D O. R. C.

No obstante ello, tal como lo he hecho en anteriores oportunidades –vgr. “**Concha, Jesús y ot**”– y advirtiendo que las víctimas en autos pertenecen a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (art 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del SIDH –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos

humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que el menor de edad RML es titular de una especial protección por ser niño, mientras que las tres víctimas restantes son titulares de una doble protección jurídica: por ser mujeres y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesan, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**in re “Concha, Jesús”, expte. N° 13-04292884- 9/1, 20 de setiembre de 2018**).

La Corte IDH en el **“Caso Bámaca Velásquez v Guatemala”**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez v Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)». En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (**cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17**). Por lo tanto, para brindar

una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la “La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia** de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordante. Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima. La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el **caso «Castro Castro v Perú»**, en donde meritó el testimonio de la víctima como «necesaria y suficiente» en la determinación de los hechos, reiterando esta postura en los **casos «Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega v México»**.

En el caso **«Campo Algodonero v México»**, la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer. En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilado Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal de sentencia interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por las víctimas ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo un parámetro de valoración congruente con la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de sus responsables constituye per se una medida de reparación para las víctimas y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor O. Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cançado Trindade en su voto razonado en el caso **Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (cfr. Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costa Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N°100.Voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsable Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humano ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación formulado por la defensa oficial de R.C.D. R. P., J. S. Z. V. y D O. R. C. a f 1066/1074 y vta., y en consecuencia confirmar la Sentencia N° 185 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial glosada a f 1047 y vta.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efecto

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.-

23- VILLEGAS GIMENEZ. 18-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190618_FcVGS.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo, inc. b del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente Ultrajante. Calidad del sujeto activo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años de prisión efectiva** por resultar autor del delito de Abuso Sexual Simple Agravado por el Vínculo.

La **Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal** de Violencia de Género interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene la voluntad recursiva y se remite a los argumentos vertidos.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia casar el punto 1° de la Sentencia N° 78 el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenando a S. F. V. G. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por un ascendiente (art. 119 segundo párrafo inc b del Código Penal).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 78, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha Jesús y ots. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Díaz, Walter.

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Parágrafo destacado:

Invoca doctrina en la que se señala que gravemente ultrajantes son actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico y producen en la víctima una humillación más allá de que se verifica con el abuso en sí, poniendo de resalto el carácter objetivo del acto. Señala que en la presente se tuvo por probado que el acusado efectuó un circunstancial tocamiento y breve “cunnilingus” a su hija M. V..

Refiere que no comparte la afirmación de que se trate de un “tocamiento circunstancial”, en razón de la puesta en escena llevada a cabo por el imputado que excede lo que se entiende por “circunstancial”, algo que es o sucede de manera imprevista. Sostiene la recurrente que los recaudos y la preparación para la realización del hecho no tienen nada de improvisado u ocasional.

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

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

(A.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04457153-0/1((018602-47369)) FC/V. G. S. F. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO (47369) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104537830*

En Mendoza, a los dieciocho días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04457153-0, caratulada "FC/V. G. S. F. P/ABUSO SEXUAL S/CASACION". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Violencia de Género, a fs. 314/315 interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 78 de fecha 01 de agosto de 2.018, obrante a fs. 308 y sus fundamentos de fs. 309/312, en tanto condena a S. F. V. G. a la pena de cuatro años de prisión en efectivo como autor del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo (arts. 119 primer y último párrafo del Código Penal). El pronunciamiento cuestionado fue dictado por Sala Unipersonal del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P 47369/17.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia Recurrída

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, establece que «[...] estimo probado más allá de toda duda razonable que el día 1 de junio de 2.017, el acusado V., luego de llegar a su domicilio en las primeras horas de la mañana, en estado de ebriedad, le dijo a su hija M. que fuera con él a la cocina y luego de tender en el suelo una sábana, le bajó el pantalón y la ropa interior y luego de tocarla le pasó la lengua por la zona vulvar, diciéndole a la vez que debía afeitarse porque era lo apropiado en las mujeres [...]».

Para así decidir el a quo tomó en consideración la declaración brindada en Cámara Gesell por M. V. las declaraciones prestadas en audiencia de debate por S. M. T. (directora del Colegio al que asistía la víctima), la S. L. R.; el Oficial E. S.; L. M.; A. A. y las Lic. F. y R. del E., como el resto de la prueba debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal promueve recurso de casación a tenor del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

En primer lugar señala que el encuadre legal otorgado a los hechos probados no es el correcto. A criterio de la recurrente los mismos configuran el delito de abuso sexual gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización.

Invoca doctrina en la que se señala que gravemente ultrajantes son actos sexuales que objetivamente tienen una desproporción con el propio tipo básico y producen en la víctima una humillación más allá de que se verifica con el abuso en sí, poniendo de resalto el carácter objetivo del acto. Señala que en la presente se tuvo por probado que el acusado efectuó un circunstancial tocamiento y breve "cunnilingus" a su hija M. V..

Refiere que no comparte la afirmación de que se trate de un “tocamiento circunstancial”, en razón de la puesta en escena llevada a cabo por el imputado que excede lo que se entiende por “circunstancial”, algo que es o sucede de manera imprevista. Sostiene la recurrente que los recaudos y la preparación para la realización del hecho no tienen nada de improvisado u ocasional.

Por otro lado entiende que el hecho también resultó gravemente ultrajante por las circunstancias de su realización puesto que el imputado preparó el escenario para llevar a cabo el abuso y, en ese contexto, le bajó la ropa a su hija y previo a señalarle que se tenía que cortar los vellos púbicos comenzó a lamerle la vagina. A su entender este tipo de abuso excede la figura básica prevista en el primer párrafo del art. 119 del CP, ya que no se trata de un mero tocamiento o roce en una zona pudenda sino en el pasar su lengua por la vagina de su hija, hallándose ésta desnuda de la cintura para abajo.

En segundo lugar entiende que, de acogerse el recurso, la pena impuesta deberá ser ajustada a aquella solicitada al formular los alegatos –ocho años de prisión– en atención a la escala penal prevista para la calificación que estima correcta.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En relación al recurso casatorio interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, a fs. 323 el Procurador General mantiene la voluntad recursiva y a fs. 327 se remite a los argumentos vertidos a fs. 314/315.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Examinado el recurso casatorio promovido y la sentencia impugnada, adelanto opinión en el sentido de que la crítica debe ser acogida por cuanto se verifica el vicio in iudicando formulado, ello en atención a los motivos que a continuación paso a exponer.

En primer lugar corresponde recordar que en atención a la plataforma fáctica establecida a S. F. V. G. se le atribuyó el delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo.

Al expedirse en relación a la segunda cuestión el a quo señaló «[...] Respecto al tipo penal indicado, comienzo por señalar que la doctrina ha señalado con precisión las dificultades que el texto del artículo 119, segundo párrafo trae consigo. En tal sentido, Edgardo Donna sostiene que “... la cualidad requerida por el abuso sexual cometido mediante sometimiento gravemente ultrajante ha generado problemas interpretativos debido a la vaguedad de sus términos” (autor citado, “El Código Penal y su interpretación jurisprudencia”, edit. Rubinzal- Culzone, Bs.As., 2010, pág. 436; en igual sentido, Fontán Balestra Carlos y Ledesma, Guillermo, “Tratado de Derecho Penal”, Parte especial, edit. La Ley, Bs.As., 2013, T°II, págs.. 54 y siguientes). Señalan dichos autores que dos son las situaciones que el tipo penal ha previsto como causales de la agravación del abuso simple. Ellas son, la duración en el tiempo o las circunstancias de su realización, de modo tal que ellas constituyan un sometimiento gravemente ultrajante».

Así al analizar el caso concreto refiere que la invasión a la esfera de reserva sexual de la víctima resultó acreditada y que se probó una sola situación de abuso de manera tal que excluye la primera de las posibilidades previstas en el inc. 2 del citado art. 119, esto es la duración en el tiempo.

En relación al segundo de los supuestos previstos por la norma, esto es las «circunstancias de su realización», refiere que los autores mencionados consideran que se trata de actos escandalosos, humillantes, peligrosos y de un alto contenido vejatorio para la víctima y añade ejemplos señalados por Fontán Balestra y Ledesma. En tanto que con cita de Donna expresa que gravemente ultrajantes son actos

sexuales que objetiva y subjetivamente tienen una desproporción con el tipo básico y que humillan a la víctima más allá de lo que normalmente se verifica en el abuso en sí.

Luego el a quo retoma el examen del caso analizado y descarta que «el circunstancial tocamiento y breve “cunnilingus” practicado por el padre en avanzado estado de ebriedad que fue claramente percibido por su hija víctima pueda configurar la situación de sometimiento gravemente ultrajante».

Como anticipé no comparto el criterio sustentado por el sentenciante y considero que le asiste razón a la recurrente por cuanto las circunstancias de realización del abuso sexual llevado a cabo por el imputado a su hija que no se limitaron a un tocamiento sino también a, como señala el juez, la práctica de un “cunnilingus” a la víctima, actividad que, a mi criterio, sí constituye un plus que humilla de forma desproporcionada a la víctima.

La posición que sustento resulta coherente y coincidente con la expresada en el precedente “Díaz, Walter”. En aquél sostuve que el abuso sexual que representa un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima (art. 119, segundo párrafo del C.P.), es una figura intermedia entre el abuso sexual simple (primer párrafo) y el agravado por acceso carnal (tercer párrafo). Calidad que se justifica en el entendimiento del legislador que existen comportamientos que son más graves, por su modalidad de comisión o duración, que los contactos sexuales calificados como abusos simples pero, a su vez, son menos graves que el abuso sexual con acceso carnal. Tal postura cuenta con el respaldo de la doctrina que, pacíficamente, esta Sala receptó sobre la materia.

Al respecto debe recordarse que se ha dicho que «el hecho atribuido como delito sexual gravemente ultrajante, debe ser entendido de modo que las circunstancias implicaron un sometimiento humillante para la víctima, es decir que esta agravante reside en la mayor afectación que sufren los bienes jurídicos protegidos (libertad e indemnidad sexuales), como consecuencia de la forma que adquiere el abuso sexual mediante el sometimiento y que traspasa el límite del ultraje natural que acarrea toda intervención dolosa de terceros en el ámbito de la esfera sexual (tanto en su esfera Objetiva como en la Subjetiva)» (conf. L.S. 471-090).

En este sentido concuerdo con la recurrente en que los tocamientos efectuados por el imputado no resultaron circunstanciales. Por el contrario el accionar desplegado por V. en el cuerpo de su hija consistente en aproximar su rostro a la vagina de la niña para pasar su lengua por aquella involucran sentidos diversos del tacto y no admiten la calificación de ocasionales; ni tampoco la brevedad de tal conducta resulta suficiente como para desmerecer su contenido particularmente vejatorio y humillante. Por lo expuesto considero que la calificación legal propuesta por la representante del Ministerio Público Fiscal resulta acertada por lo que corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales el ministro que lidera el voto preopinante, considera que corresponde hacer lugar a los agravios promovidos por el titular de la acción pública y, en consecuencia, casar el punto 1°) de la sentencia.

Ello por cuanto ninguna duda cabe en punto a que los actos realizados por el imputado a su propia hija constituyeron un sometimiento especialmente degradante para la niña, puesto que el contexto y la

modalidad en que se produjeron los tocamientos impúdicos, implicó un grado de afectación a la esfera de intimidad sexual de la niña que va más allá de aquél que pudiera presentarse frente a cualquier otro simple tocamiento de connotación sexual.

Sentado ello, y advirtiendo que la víctima en autos, M. V., pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que M. V., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver “Concha, Jesús y ots.”, CUIJ:13-04292884- 9/1).

La Corte IDH en el “**Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**”, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. **Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006**, Serie C N° 70, párr.201).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto

en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cfr. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia»**, entre otros).

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, **Monseñor Oscar Arnulfo Romero** y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “**Caso Bulacio c/ Argentina**”. **Sentencia del 18 de setiembre del 2003**. Serie C, N| 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASÍ VOTO.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde en esta instancia su corrección debiendo asignar el encuadre legal correcto y conforme el desarrollo efectuado casar el punto I de la Sentencia N° 78.

En tanto que a los fines de la individualización del monto de pena deben remitirse los presentes autos al subrogante legal para la sustanciación de una nueva audiencia a fin de discutir la pena aplicable conforme el cambio de calificación operado.

Por lo expuesto el punto I de la Sentencia N° 78, quedará redactado de la siguiente forma: «I.- Condenando a S. F. V. G. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por un ascendiente (art. 119 segundo párrafo inc b del Código Penal)».

Ahora bien, como se señaló y en relación al monto de la pena a aplicar conforme la modificación producida en la calificación legal y la pretensión de la representante del Ministerio Público Fiscal, corresponde remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado.

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal y en consecuencia casar el punto 1°) de la Sentencia N° 78 el que quedará redactado de la siguiente forma: «Condenando a S. F. V. G. como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por un ascendiente (art. 119 segundo párrafo inc b del Código Penal)».

2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 2 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice la individualización de la pena.

Regístrese. Notifíquese.

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

24- LUNA. 25-06-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcLEB.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. b, del C.P.; y arts. 353 inc. 5° del C.P.P. -ley 6730

Vox: VG. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Cámara Gesell

Summa:

La **Cámara de Apelaciones en lo Criminal** sobreseyó a E. B. L.

La Sra. **Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal**, interpone recurso de casación contra la sentencia de sobreseimiento, originaria de dicho tribunal, en tanto que allí se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa de E. B. L., se revocó el auto de elevación a juicio dictado por el Cuarto Juzgado de Garantías y se dictó el sobreseimiento del acusado respecto del delito de de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. b, del C.P.; y arts. 353 inc. 5° del C.P.P. -ley 6730-).

El **señor Procurador General**, tras mantener el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones, se remite a los argumentos que esta vertiera oportunamente.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal, anular la sentencia de sobreseimiento y, en consecuencia, apartar a los miembros de la ex Cámara de Apelaciones de esta causa. Finalmente, remitir las presentes actuaciones al TPC N° 2, a fin de que la OGAP fije el nuevo tribunal colegiado que intervendrá en el conocimiento del recurso de apelación presentado por la defensa letrada del acusado (arts. 206 y 486 del CPP).

Resolución cuestionada: *Sentencia de sobreseimiento de autos P-62522/11. Cámara de Apelaciones en lo Criminal.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17 <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

UNICEF/JUFEJUS/ADC, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia, y obtención de pruebas válidas para el proceso, págs. 14/15, 24, 26/27, rescatado el 1/2/2019 en http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_Web.pdf

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

(A.E.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-02847795-8((012174-10935301)) FC/ L.E. B. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (62522) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102870042*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02847795-8, caratulada "F. C/ L. E. B. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE".

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

La Dra. María Paula Quiroga, Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal, interpone recurso de casación (fs. 382/386) contra la sentencia de sobreseimiento de fs. 375/380 vta. originaria de dicho tribunal, en tanto que allí se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa de E. B. L., se revocó el auto de elevación a juicio dictado por el Cuarto Juzgado de Garantías y se dictó el sobreseimiento del acusado respecto del delito de de abuso sexual gravemente ultrajante que se le endilgó en autos N° P-62522/11 (art. 119 2° párrafo en función del 4° párrafo inc. b, del C.P.; y arts. 353 inc. 5° del C.P.P. -ley 6730-).

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- La resolución recurrida

En fecha 19 de abril de 2013 la ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal sobreseyó a E. B. L. por entender que las pruebas sobre las que descansaban las premisas del auto de elevación a juicio proveniente del Cuarto Juzgado de Garantías, eran endebles y presentaban una fragilidad tal, que, ante la inverosímil posibilidad de incorporar nuevas pruebas al proceso, se avizoraba como improbable el dictado de una sentencia condenatoria en la instancia de juicio oral (ver fs. 377 vta.).

Advirtió que la hipótesis acusatoria encontraba sustento, principalmente, en las declaraciones prestadas por la presunta víctima menor de edad en el inicio de la investigación y mediante Cámara Gesell.

Frente a este esquema recordó que, habitualmente, los abusos sexuales son hechos en los que no se puede contar con otros medios de prueba, debido a la naturaleza y el modo de su comisión, razón por la que la valoración de la credibilidad del testimonio es fundamental (ver fundamentos, fs. 378 vta.).

Así, indicó que las declaraciones de M.R.L. no se correspondían con el resultado de los exámenes físicos practicados a la niña, lo que llevó al fiscal a cargo de la investigación a «mutar el hecho en una interpretación personal» sin sustento probatorio.

En este sentido, también señaló que la credibilidad del relato de la niña mermaba debido a que M.R.L. relató, en su primera declaración, haber sido víctima de un solo hecho de abuso, pero luego refirió ser víctima desde los 6 años de edad y en varias oportunidades (ver fundamentos, fs. 379 y vta.).

De este modo, tras constatar que las afirmaciones de M.R.L. y la opinión del profesional del EPAASI resultaban desvirtuadas por el informe físico practicado a la niña, al identificar contradicciones en las declaraciones de M.R.L., y al corroborar que se encontraban vencidos los plazos de la investigación y que no se avizoraba la incorporación de nuevos elementos de prueba, el tribunal consideró que los elementos

de cargo carecían de entidad suficiente para continuar con el avance de la causa y que se imponía el dictado del sobreseimiento del acusado por llegar a un estado de duda insuperable (ver fundamentos, fs. 380).

II.- El recurso de casación

La recurrente impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto en el art. 474, inc. 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza -Ley 6730-; esto es, por considerar que contiene vicios in procedendo.

Inicia su presentación al indicar que el tribunal a quo no valoró la prueba existente en la causa de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, de modo que puso fin a la acción y causó un gravamen irreparable. Transcribe los principales argumentos utilizados en la sentencia cuestionada y advierte que la magistratura otorgó a las pruebas incorporadas un valor que no tienen.

Así, indica que la sentencia de sobreseimiento se fundó en la imposibilidad de avizorar una sentencia condenatoria futura, pero olvidó que la etapa de investigación penal es provisoria y preparatoria, y que no es requisito reunir todos los elementos que darán base a una condena, sino sólo aquellos que darán base a la acusación.

Con ello, señala que el error del tribunal radica en haber exigido un grado de certeza que no es exigible en la etapa procesal transitada.

En este sentido, la letrada se agravia por el modo en el que el tribunal de mérito valoró el plexo probatorio reunido. Apunta que los elementos probatorios fueron “sumados”, pero en modo alguno valorados siguiendo las reglas de la lógica, la psicología y de la experiencia común. Repara en las intervenciones de M.R.L. en el proceso e indica que, a pesar de que ésta señalara en su primera intervención que no entendía lo que la palabra “penetración” significa, el tribunal entendió que una menor de once años de edad y de un nivel socio-cultural medio conoce, según la experiencia general, el significado de la palabra.

Además, la recurrente señala que las contradicciones en las diversas declaraciones de la niña no fueron valoradas teniendo en miras su estado emocional y su entorno, circunstancias que se desprenden de la transcripción de la audiencia de Cámara Gesell y del informe del colegio al que la niña asistía.

A lo anterior adhiere que el tribunal de sentencia se ha apartado de las consideraciones del EPAASI de manera arbitraria. Indica que, mientras los peritos forenses observaron una franca angustia en la descripción de los hechos y dictaminaron que M.R.L. dio un relato confiable y sin indicadores de fabulación o de posible creación de historias, el a quo, sin embargo, desechó la pericia basándose tan sólo en el informe del establecimiento escolar de la niña, instrumento en el que una docente sostuvo que M.R.L. divagaba con situaciones irreales.

En este aspecto, también, critica que los magistrados no expresaron de manera explícita y razonada los motivos de dicho apartamiento. Finalmente, la recurrente entiende que los argumentos del tribunal, en torno del estado de duda insuperable alcanzado, son contradictorios, ya que, si bien por un lado sostuvo que el sobreseimiento se imponía debido a la imposibilidad de incorporar nuevos elementos probatorios, por otro lado, destacó que se debió citar al perito a fin de interrogarlo y controvertir sus postulados con el informe escolar. **Concluye al señalar que la decisión jurisdiccional recurrida no tuvo en cuenta, ni el grado de convicción requerido para elevar la causa a juicio, ni el carácter preparatorio de la investigación penal, ni la sana crítica racional como sistema de valoración de la prueba.**

III.- El dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General, tras mantener el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones, se remite a los argumentos que esta vertiera oportunamente (ver fs. 391 y fs. 411, respectivamente).

IV.- A fs. 393/409, la defensa del acusado solicita el rechazo del recurso de casación presentado por la Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones, en base a argumentos a los que cabe remitirse en honor a la brevedad. Asimismo, solicita la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 119 del CP y formula reserva del caso federal.

V.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos puntos de crítica formulados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que corresponde hacer lugar a su presentación.

Ello, puesto que le asiste razón al señalar que la resolución proveniente de la ex Cámara de Apelaciones contiene argumentos criticables por ser arbitrarios.

De acuerdo con los agravios esbozados por la parte recurrente, la sentencia recurrida utiliza dos premisas que cimentan el sobreseimiento del acusado.

En primer lugar, **la escasa credibilidad que las declaraciones de M.R.L le han merecido al tribunal de apelación** (a.), y, en segundo orden, **la pretendida ausencia de elementos de prueba suficientes para avanzar a la etapa de juicio oral de acuerdo con la plataforma fijada** (b.). En lo que sigue, analizaré ambos puntos a fin de aclarar porqué considero que la sentencia de sobreseimiento de Eduardo Benigno Luna ha sido edificada sobre argumentos arbitrarios.

a. Sobre las declaraciones de M.R.L.

En lo relativo al examen de los dichos de M.R.L. adelanto mi opinión en el sentido de que el tribunal a quo los ha valorado de manera inadecuada.

Esta conclusión preliminar se nutre de dos puntos que desarrollaré a continuación. En primer lugar, realizaré algunas precisiones atinentes a la problemática que suscita la incorporación y posterior valoración de testimonios de niñas, niños y adolescentes sindicados como víctimas de hechos de abuso sexual (a.i), y, luego, en segundo orden, analizaré las particularidades de este caso bajo el prisma de esta particular dificultad (a.ii). a.i) Acerca de los testimonios de niñas, niños y adolescentes en casos de delitos de índole sexual.

Sabido es que los delitos de índole sexual son, en un gran número de casos, de difícil prueba; incluso, puede ocurrir que la acusación cuente tan sólo con el testimonio de cargo de la propia presunta víctima. También es conocida la circunstancia de que los delitos sexuales en los que no haya sido empleada violencia generan especiales problemas de valoración de la prueba, puesto que entonces no existirán las secuelas externas de la agresión que permitan constatar periféricamente lo dicho en un testimonio. Según la experiencia, en la mayoría de los abusos sexuales contra niñas, niños y adolescentes se corroboran estas notas.

Esta circunstancia se problematiza más debido a que, en el caso de niñas, niños y adolescentes, los riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que se producen generalmente en la prueba testimonial aumentan debido a la fácil sugestionabilidad, la marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y la proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de la memoria, tanto cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos.

Por ello, soslayar los riesgos ínsitos en la valoración de los testimonios de esta población demanda que sean incorporados a los procesos penales cumpliendo ciertas pautas objetivas de cuidado que no sólo resguarden sus derechos y particular situación de vulnerabilidad, sino que también permitan incorporar elementos de prueba válidos y respetuosos de las garantías de los imputados. En este sentido, entiendo relevante traer a colación las recomendaciones y directivas plasmadas en los trabajos de los grupos de trabajo especializados en la materia.

Según se sostiene, para mejorar la obtención de prueba y no generar en el intento la revictimización de niñas, niños y adolescentes, es recomendable que los operadores involucrados en el proceso, desde el momento mismo de la denuncia, procuren no interrogarlos sobre los hechos objeto de denuncia, sino que tiendan a que un profesional capacitado específicamente lleve a cabo una entrevista video-grabada. De este modo, se intenta evadir no sólo la revictimización que supondría nuevos llamados a declarar, sino también los riesgos de deterioro del recuerdo, la posibilidad de influencias y la afectación de su predisposición a un nuevo relato. Es decir, los riesgos de no contar con un testimonio fidedigno.

Tal es así, que a fin de evitar posibles contaminaciones, las recomendaciones apuntan en el sentido de que, en caso de ser necesario formular preguntas, estas se dirijan únicamente al adulto que acompañe a la niña, niño o adolescente, y que el menor sea separado y contenido en una sala distinta mientras ello sucede **(UNICEF/JUFEJUS/ADC, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia, y obtención de pruebas válidas para el proceso, págs. 14/15, 24, 26/27, rescatado el 1/2/2019 en http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_Web.pdf).**

Dicho lo anterior, en lo siguiente corresponde determinar si las declaraciones de M.R.L fueron valoradas teniendo en cuenta las posibilidades de error que, de acuerdo con las líneas argumentales dadas, pueden estar presentes en un caso en el que se investiga un abuso sexual cometido contra una niña. a.ii) Acerca de las intervenciones de M.R.L en el proceso En el análisis de este caso, previamente deben precisarse cuáles son los puntos resaltados en la resolución recurrida para restarle credibilidad intrínseca al relato de la niña. Según el tribunal de apelación, se destacan los siguientes aspectos. 1) La declaración testimonial de G. G. F., médica ginecológica del Grupo de Alto Riesgo que examinó a la niña el día anterior a la radicación de la denuncia (fs. 33/34), y el examen practicado a la misma por el CMF (fs. 146), indicaron un testeo ginecológico dentro de los parámetros normales, sin evidencias de penetración e himen íntegro. 2)

La Dra. M. N. G., quien examinó a M.R.L. en el CMF y cuyas conclusiones obran en el informe de fs. 146, manifestó que es poco probable que haya sufrido acceso carnal, en razón de la edad de la niña y de las características del himen, que no es complaciente. En cuanto al ano, agregó que las lesiones se ven cuando el hecho ha sido reiterativo y produce lesiones crónicas, y que también se ven cuando el evento ha sido reciente, siendo que la víctima puede haber sido penetrada en un acto y que luego de seis meses no se constaten lesiones. 3) M.R.L. relató al inicio de la causa haber sido víctima de un solo hecho de abuso con acceso carnal, para luego referir que fue víctima de varios hechos desde los 6 años y que estos sucedían de igual manera. 4) M.R.L. tenía 11 años al denunciar los hechos de abuso, cursaba el sexto grado y poseía un nivel socio-cultural medio, lo que indica, “según la experiencia general”, que conocía el significado de la palabra “penetración”.

Ahora bien, de acuerdo con las precisiones hechas en el apartado anterior (a.i), entiendo que los puntos resaltados no pueden ser considerados aspectos capaces de menguar la credibilidad de M.R.L. tal como lo entendió el tribunal a quo. Veamos. Una de las ideas fundamentales en el razonamiento del tribunal es

la que sostiene que la niña conocía, al momento del hecho, el significado de la palabra “penetración” por pertenecer a un “nivel socio cultural medio”.

Esta premisa ha sido esencial en su esquema puesto que le permitió descartar cualquier posibilidad de error en M.R.L. sobre la idea de haber sido accedida carnalmente. Sin embargo, debe decirse que el tribunal ha sostenido lo anterior sin un respaldo probatorio capaz de indicar porqué M.R.L. debía conocer acabadamente el concepto de “penetración”, o de explicar porqué una niña de 11 años debe estar al tanto de su significado y sus repercusiones en el cuerpo. Según se advierte en la sentencia recurrida, el fundamento de aquella idea para el tribunal reside en que, “según la experiencia general”, esto debe ser así.

La premisa resulta, a mi entender, criticable. La compulsión de la causa indica que M.R.L. pudo haber tenido dudas sobre lo que significa un acceso carnal e, incluso, que pudo haber aludido a la expresión “penetración” por contaminación de su testimonio.

En efecto, la declaración testimonial de M.R.L. obrante a fs. 2/3 es sugerente en este sentido. En esa ocasión dijo, de acuerdo con sus palabras, que el acusado se «la metió por atrás» y no aludió al concepto de “penetración” sino con posterioridad, cuando la funcionaria a cargo de tomarle el testimonio preguntó «si [podía] decir si fue penetrada por su padre».

La confusión de M.R.L. en este punto es ostensible fácilmente puesto que, tras responder «sí, me penetró por la cola», se le preguntó «si [podía] decir qué [entendía] por penetración» y respondió «no entiendo que es la palabra penetración». Otro indicador que refiere que la expresión “penetración” no parece haber sido traída por M.R.L. de manera espontánea se encuentra en el testimonio brindado por su madre minutos antes, ocasión en la que dijo que M.R.L. le contó que «el papá me la metió por atrás» (v. fs. 01).

El detalle anterior indica, según mi parecer, que el argumento que sostiene que M.R.L. formaba parte de la población de niñas que conocen el sentido de una penetración sexual y que pueden explicar, sin lugar a dudas, su real implicancia en el cuerpo, es arbitrario. Esta idea resulta reprobable puesto que ha sido invocada sin reparar en que la primera declaración de la niña ya sugería lo contrario, es decir, que M.R.L. pudo completar su percepción sobre lo que realmente le habría sucedido a partir de expresiones que no fueron suyas, sino de la persona encargada de recibir su testimonio.

Dicho de otro modo, el tribunal de mérito no tuvo en cuenta que la primera declaración de M.R.L. pudo haber sido contaminada. La segunda premisa del esquema de razonamiento seguido en la resolución recurrida se construye sobre la anterior. De acuerdo con ella, el testimonio de M.R.L. es endeble porque los exámenes físicos que le fueron practicados no constataron evidencias de penetración vaginal o anal.

Sumada esta idea a la anterior, el silogismo resultante demostraría la debilidad del testimonio de la niña: «M.R.L. conoce los alcances de la palabra penetración»; «M.R.L. dice haber sido penetrada»; «los exámenes físicos no indican signos de penetración»; «M.R.L. miente o no es creíble».

Como puede observarse, la fortaleza de este argumento depende de la primera de las premisas detalladas. Si M.R.L. entendió lo que “penetración” significa y relató haber sufrido una, debió haber rastros de este suceso en su cuerpo. Sin embargo, según he dicho, no puede aseverarse, tal como lo hizo el tribunal, que la niña haya tenido un cabal conocimiento del significado de esa expresión y de cuáles son sus particularidades. Que no existan evidencias de un acceso puede ser un elemento para valorar, pero no puede ser uno capaz de restarle total credibilidad al testimonio de una niña que, desde el inicio de las actuaciones, mostró dudas sobre el concepto del término “penetración”.

El hecho de que M.R.L. haya insistido con la idea de penetración en la declaración que diera posteriormente en Cámara Gesell, según entiendo, no le resta valor convictivo a lo dicho anteriormente.

De acuerdo con lo explicado, la posibilidad de que la niña haya reelaborado su percepción sobre el suceso aumenta en la medida en que pudo basarse no en lo observado o percibido, sino en lo declarado en la ocasión anterior, es decir, en lo que ya adolecía probablemente de un error.

Conforme con esto, no resulta descabellado que la alusión a la idea de “penetración” en su primera declaración haya provocado en M.R.L. una errada idea de lo que ella quería referir en realidad. La tercera premisa resaltada por el tribunal es aquella que indica que las declaraciones de M.R.L. carecen de credibilidad puesto que, mientras al inicio de la causa relató haber sido víctima de un solo hecho de abuso con acceso carnal, en Cámara Gesell refirió que era víctima de ellos desde los 6 años y que ello sucedió de la misma forma y varias veces (ver declaración de fs. 2/3 y transcripción de la audiencia de debate a fs. 202/207). Sobre esta idea, debe decirse lo siguiente. Si bien es cierto que la ampliación de la cantidad de hechos referidos por la presunta víctima en un proceso penal puede resultar un elemento para valorar en el juicio de credibilidad, no puede perderse de vista, como vengo explicando, que el suceso investigado en esta causa tiene aristas relevantes que merecen un abordaje particular. En efecto, M.R.L. ya había referido a los abusos de su padre desde que tenía 6 años de edad.

Lo sostuvo al declarar por primera vez, ocasión en la que dijo que los abusos ocurrían desde esa temprana edad pero en una modalidad diferente. En concreto, dijo que «me la apoyaba nada más, él se bajaba el pantalón pero a mí no me sacaba la ropa» (ver fs. 2 vta.). Como se ve, la alusión a otros abusos en su entrevista en Cámara Gesell no es un dato totalmente nuevo que haya incorporado M.R.L., sino sólo en lo relativo al modo de comisión de estos nuevos hechos.

No obstante, esta modificación en el relato no puede desvirtuar, según entiendo, todo el relato de M.R.L. y descartarlo como un elemento suficiente a fines de avanzar hacia la etapa de debate. Este es un punto en la declaración de la niña que debió ser analizado y controvertido con más detalle atento a las particularidades que presentan los testimonios de niñas, niños y adolescentes. Sobre todo, cuando el informe psicológico-psiquiátrico realizado por el EPAASI afirmaba que surgía evidencia clínica, mediante el relato confiable de la niña, de haber estado expuesta a experiencias psicotraumáticas de contenido sexual, que se observaba una franca angustia reactiva a la situación denunciada y que durante la evaluación no se detectaron indicadores de fabulación o de posibles creaciones inexistentes (ver fs. 44/45).

En conclusión, las evocaciones que M.R.L. hizo durante la celebración de la Cámara Gesell referente a un abuso mediante penetración (es decir, acceso carnal) y a la multiplicidad de estos hechos (es decir, más de un acceso carnal), no debe ser interpretado, inexorablemente, como un ejemplo de lo que sostiene el tribunal de sentencia, esto es, de «afirmaciones impregnadas de contradicciones».

Por todo lo dicho, cabe afirmar que las declaraciones de M.R.L. han sido interpretadas de una forma inadecuada, lo que indica que los argumentos del tribunal de sentencia en este aspecto no son capaces de fundar el sobreseimiento del acusado.

b. Sobre el estado de duda insuperable del tribunal a quo

En este aspecto de la resolución analizada también se observa que el tribunal ha llegado a sostener, de manera arbitraria, que se encuentra frente a un estado de duda insuperable. Por un lado, debe repararse en que, para fundar el sobreseimiento del acusado con base en el art. 353 inc. 5 del C.P.P., el tribunal sostuvo que los elementos probatorios arrimados a la causa no lograban establecer una vinculación cierta, precisa y concreta del encartado con los hechos endilgados; en concreto, que no existían elementos de convicción suficientes para la continuación de la causa (ver fs. 380).

Esta idea fue apoyada sobre otra premisa que indica que las afirmaciones de la menor, “impregnadas de contradicciones”, así como la opinión del Dr. H. del EPAASI, fueron desvirtuadas por el informe físico de niña. Ahora bien, como ya hemos visto, las aseveraciones del tribunal a quo sobre el grado de credibilidad del testimonio de M.R.L. no han sido adecuadas, razón por la cual, la idea de duda insuperable por ausencia de elementos suficientes carece de peso argumental.

Por otro lado, no puede soslayarse que le asiste razón al recurrente al señalar que el tribunal no ha interpretado justamente el sentido de un proceso de corte acusatorio. Sobre este punto, según advierto, algunas conclusiones del tribunal recurrido no han reparado en que es el Ministerio Público Fiscal el órgano encargado de formular la teoría acusatoria del caso conforme con la prueba producida en la etapa preparatoria, razón por la que no puede afirmarse, como lo hizo el a quo, que la fiscal a cargo de la investigación haya “mutado” el hecho descrito por M.R.L por otro basado en una interpretación personal de los dichos de la menor.

En efecto, el modo de actuar de la representante del Ministerio Público Fiscal se muestra ajustado al rol que un proceso de corte acusatorio le fija, toda vez que lo que ha hecho es formular su teoría del caso a partir del resultado de las pruebas producidas durante la investigación preparatoria. Estimo que esta idea se ilustra con la constatación de los resultados de los exámenes físicos practicados a M.R.L. y con la declaración de N. G., médica del C.M.F., quien sostuvo que «el ano [...] habitualmente se dilata cuando uno defeca; las lesiones se ven cuando el hecho ha sido reiterativo y produce lesiones crónicas, como por ejemplo, borramiento de los pliegues del esfínter anal; y también se ven cuando el evento ha sido reciente. Puede haber ocurrido que la menor haya sido penetrada analmente en un acto y que luego de seis meses no se constaten lesiones».

Como se ve, el órgano acusador tenía a disposición elementos de prueba que podían fundamentar la acusación de un posible acceso carnal a pesar de no observarse lesiones o marcas. Sin embargo, la fiscal a cargo de la investigación evaluó las declaraciones de M.R.L y advirtió que, frente a la dificultad de probar un acceso, existían no obstante elementos convictivos para sostener otra hipótesis, esta es, un abuso sexual gravemente ultrajante.

Por eso, no puede decirse que el Ministerio Público Fiscal haya “mutado” sin respaldo probatorio el hecho descrito por M.R.L -un abuso sexual con acceso carnal-, por otro hecho basado en una interpretación personal de los dichos de la menor -abuso sexual gravemente ultrajante- (ver fundamentos, fs. 379).

Todo lo contrario. Lo que ha hecho la fiscal a cargo de la investigación es fijar la plataforma objeto de contradicción a partir de una interpretación global de todos los elementos de prueba incorporados. Tal es así, que los hechos finalmente imputados al acusado indican un frotamiento de su miembro viril contra la cola de M.R.L hasta lograr la eyaculación (ver requerimiento de citación a juicio de fs. 318/321).

Es que la declaración de M.R.L. no puede conformar la plataforma fáctica acusada, sino tan sólo un elemento de prueba más que, en contraste con otros elementos presentes en la causa, definen el contenido fáctico que la titular de la investigación ha calificado legalmente. Por esta razón, le asiste razón al recurrente al señalar que son inadecuadas las críticas que el órgano juzgador realizó respecto de las medidas de prueba que se produjeron en la investigación -o de las que se omitieron-, así como las críticas que formuló al modo en el que la Fiscalía fijó el objeto de contradicción.

En conclusión, el tribunal de apelaciones ha llegado a formular que se encuentra en una situación de duda insuperable, de manera arbitraria. No sólo ha valorado las declaraciones de M.R.L sin advertir las particularidades que presentan los supuestos de denuncias de abusos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes, sino que también ha interpretado de manera incorrecta cuál fue la plataforma

fáctica finalmente acusada y, de acuerdo con esta, si los elementos probatorios incorporados eran suficientes para dilucidar el conflicto en un juicio oral.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar al recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal.

No obstante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo. Tal como referí en el precedente **«Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar -en un segundo momento conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de un menor de edad, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, y tal como lo destaca el ministro preopinante, se advierte de la lectura de la sentencia cuestionada que el a quo valoró los elementos de juicio con prescindencia de la situación de vulnerabilidad en la que la menor se encontraba inmersa y las particularidades que presentan los testimonios de las víctimas menores de abuso sexual.

En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género y edad. Así, tal como sostuve en el precedente **«Concha, Jesús»**, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima en autos es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña, dos sectores vulnerables de la población

que demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Cabe destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los **artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana**, así como en los **artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66)**. Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar y esclarecer lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos. En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cf. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78).

En este entendimiento, y a fin de tener en el caso sub examine una mayor de comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: **i)** la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y **ii)** que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cf. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso en cuestión debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género, con una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima. Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias que se ajusten a los particulares contextos en que se desarrollan los hechos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como víctimas y titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de sobreseimiento de fs. 375/380 proveniente de la ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal y, en consecuencia, debe apartarse a sus entonces miembros de la causa y remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°2, a

fin de que la OGAP fije el nuevo tribunal colegiado que intervendrá en el conocimiento del recurso de apelación presentado por la defensa letrada del acusado a fs. 350/370 (arts. 206 y 486 del CPP).

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 382/386 por la Dra. María Paula Quiroga, Fiscal ante la ex Cámara de Apelaciones en lo Criminal.
- 2.- Anular la sentencia de sobreseimiento obrante a fs. 375/380 vta. y, en consecuencia, apartar a los miembros de la ex Cámara de Apelaciones de esta causa.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°2, a fin de que la OGAP fije el nuevo tribunal colegiado que intervendrá en el conocimiento del recurso de apelación presentado por la defensa letrada del acusado a fs. 350/370 vta. (arts. 206 y 486 del CPP).

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

25- CENTORBI. 26-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Conv	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcCBG.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con el 4° párrafo inc. f del CP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Convivencia. Delito continuado.

Summa:

El **TPC** N°1 condenó al G. S. C. B. a la pena de **nueve años de prisión** accesorias legales como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haberse cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado.

La **defensa** de G. S. C. B. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 170. (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** aconseja el rechazo del recurso articulado.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 170, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a- CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

- Caso Bámaca Velázquez vs Guatemala. 25-11-00:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

- Caso Bulacio c/ Argentina. Sentencia 18-09-03. Serie C, N 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

c- STJC.

- Espíndola. Superior Tribunal de Justicia de Córdoba. 21-10-10

[https://leyesadmin.justiciacordoba.gob.ar/deposito/FALLOS/TSJ%20PENAL/Esp%C3%ADndola,%20Calros%20Francisco%20\(Inconstit.art.1192C%204%C2%BA%20p%C3%A1rrafo%20CP\)%20\)-100.pdf](https://leyesadmin.justiciacordoba.gob.ar/deposito/FALLOS/TSJ%20PENAL/Esp%C3%ADndola,%20Calros%20Francisco%20(Inconstit.art.1192C%204%C2%BA%20p%C3%A1rrafo%20CP)%20)-100.pdf)

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro

(A.E.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04498169-0/1((018601-8181)) FC/ C. B. G. S. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO (8181) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104579930*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04498169-0/1, caratulada "FC/ C. B., G. S. P/ ABUSO SEXUAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa de G. S. C. B. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 170 que lo condenó a la pena de nueve años de prisión accesorias legales como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haberse cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente en la modalidad de delito continuado (artículo 119, segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado "f" del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia ha tenido por acreditado que «para fecha indeterminada pero aproximadamente desde el mes de mayo de 2016 hasta el 21 de octubre del mismo año, en el domicilio ..., G. S. C. B en reiteradas oportunidades tocó por debajo de la bombacha los genitales de su hijastra A. B.G de nueve años de edad, con quién convivía en el domicilio referido precedentemente, perpetrando el primer hecho en la habitación del mismo, en ocasión en que se encontraba la niña recostada en la cama viendo una película a las 23 hrs oportunidad en que le tocó con sus manos los genitales de la menor por debajo de la ropa.

Luego al día siguiente, antes de irse al trabajo el imputado a las ocho de la mañana al besarla para despedirse le chupó la boca manifestándole que no se le ocurriera contarle nada a la madre de lo que él le hacía porque si no se lo iba a seguir haciendo.

Asimismo, en reiteradas oportunidades durante la convivencia a las 00:00 horas aproximadamente C. se hacía presente en el cuarto donde la niña pernoctaba con sus hermanos, se paraba al costado de la cama de arriba de la cucheta donde estaba acostada la niña y previo bajarle la ropa, metía su mano por debajo de la frazada y le tocaba los genitales como asimismo en otras oportunidades la destapaba, le bajaba la ropa y le pasaba su lengua por su vagina y el ano».

Para así decidir el tribunal tuvo en cuenta, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales del Dr. H., de la Lic. F., de M. E. L. V., de A. R. B. prestada en Cámara Gesell como también prueba instrumental debidamente incorporada tal como surge del acta obrante a fs. 532.

En lo relativo a la sanción aplicada el a quo consideró que conforme a los aspectos objetivos del hecho, la naturaleza de las acciones desplegadas como a los medios, magnitud del daño y peligros ocasionados aparecía justo aplicar la pena de nueve años de prisión para C. B..

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se interpone al amparo del art. 474 incisos 1 y 2 del CPP, por entender que la sentencia adolece de vicios in procedendo e in iudicando que la invalidan como acto jurisdiccional.

2. a. Vicios formales

El recurrente expresa que la fundamentación de la pena es aparente lo que torna nula la sentencia de conformidad a los artículos 416 inc. 4° y 155 del CPP.

Advierte que el juzgador omitió abordar el planteo de inconstitucionalidad formulado durante los alegatos en relación al mínimo y máximo de la pena prevista en el art. 119 cuarto párrafo del CP.

Concretamente señala que el segundo y tercer párrafo del art. 119 del CP, tienen previstas penas diversas acorde a la afectación del bien jurídico protegido, así el delito de abuso sexual gravemente ultrajante (tiene una pena de 4 a 10 años de prisión) y el delito de abuso sexual con acceso carnal (una pena de 6 a 15 años de prisión), en tanto que el cuarto párrafo de la norma prevé un incremento de 8 a 20 años de prisión sin considerar las escalas diversas consignadas. Cita en apoyo de su posición el fallo “Espindola” del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba.

2. b. Vicios in iudicando

En orden a los vicios sustantivos, **la defensa manifiesta que se han inobservado los artículos 40 y 41 del CP, a la vez que considera que el mínimo y el máximo de la escala penal debió ser sometido a control constitucional dado que vulnera los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad.** Expresa que tales principios están contemplados en los artículos 40 y 41 del CP, y su inobservancia implica una aplicación errónea de la ley penal sustantiva. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 593/594 vta., el señor **Procurador General** contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso articulado. Ello en tanto **estima que el planteo de la defensa relativo a la inconstitucionalidad de la escala penal del art. 119 del CP, fue suficientemente abordado por el juez de sentencia, que consideró en el caso concreto que la pena merecida por el imputado no podía estar cerca del mínimo del marco penal y menos traspasarlo, razón en la que sustentó el rechazo del reclamo formulado.**

En ese orden entiende que el recurrente manifiesta una disconformidad con las pautas de Política Criminal diseñada por el legislador pero no explica de manera expresa la afectación de la normativa constitucional por la vigencia del art. 119 cuarto párrafo del CP.

En ese sentido agrega que la escala penal prevista para cada delito resulta un límite para el juzgador y que en el caso concreto el **tribunal impuso la pena de nueve años de prisión acorde al delito cometido y al daño causado.**

Respecto de los vicios in iudicando el Procurador se expide por el rechazo de los agravios desde que aprecia que el juzgador realizó un correcto análisis de las condiciones objetivas de las acciones desplegadas, considerando que los hechos sucedieron en el marco de una relación de afecto y confianza del imputado C. con la familia de la niña e incluso con ésta.

Por ello entiende cumplida adecuadamente la labor del a quo respecto de los parámetros que exige la ley en la tarea de determinación judicial de la pena.

4.- Audiencia de informe oral

En la sala de Audiencias del Tribunal se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancia de la defensa de C. B. (fs. 582) El Dr. S. A., en representación del imputado, expuso los argumentos ya vertidos en el escrito casatorio e insistió en la omisión de pronunciamiento en la que, a su criterio, incurrió el sentenciante, por haber declarado abstracta la cuestión propuesta.

Reiteró su posición y en apoyo de su reclamo citó jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba en el caso “Espíndola”. A su turno, la Dra. L. R., expuso los argumentos orales y remitió en líneas generales al dictamen del Procurador agregado a fs. 593/594 vta, solicitando el rechazo del recurso de casación interpuesto.

5.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el remedio intentado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo. De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Al abordar el tratamiento de la impugnación del recurrente verifico que la **defensa no cuestiona la existencia material de los hechos, ni la intervención del imputado en ellos, de manera que ellos han devenido firmes**, razón por la que circunscribiré el análisis al proceso de determinación de la pena impuesta llevada a cabo por el juzgador, eje central del reclamo.

En efecto el tribunal consideró acreditado que C. B. ejecutó conductas abusivas -desde el punto de vista de la integridad sexual- sobre el cuerpo de una niña de nueve años y en el domicilio donde habitaba esta última junto a su madre y el resto de la familia. El imputado aprovechó ese contexto por «la confianza que se le prodigaba» (fundamentos, fs. 555 vta.) para la comisión de los hechos reseñados. Ello fue reconocido por el propio C. B..

Acreditada la materialidad de los hechos y la autoría del acusado en ellos, el juzgador entendió que resultaba autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haberse cometido contra una menor de 18 años aprovechándose de la situación de convivencia preexistente, en la modalidad de delito continuado (art. 119, segundo párrafo en función con el cuarto párrafo apartado f y 63 del CP) y consideró justa la pena de nueve años de prisión, dentro de una escala que tiene un mínimo de ocho años de prisión y un máximo de hasta veinte años de la misma especie de pena.

En la audiencia de debate, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la pena de nueve años de prisión (fundamentos, fs. 542 y vta.); a la vez que la defensa instó la declaración de inconstitucionalidad del cuarto párrafo del art. 119 «porque no se individualiza la pena, la cantidad de hechos por el principio de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad» (fs. 537/538) y reclamó la aplicación de la pena de seis años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal sin la aplicación de las agravantes (fs. 537). Como adelanté el núcleo de la impugnación se circunscribe a la pretendida omisión de pronunciamiento del juzgador respecto del planteo de inconstitucionalidad del artículo 119 segundo párrafo en relación

con el cuarto párrafo inc. f del CP formulado durante el debate oral y, consecuentemente, lo relativo al monto de la pena impuesta a C. B..

Abordaré las cuestiones en ese orden. Respecto del primer planteo, esto es la pretendida omisión por parte del juzgador de dar tratamiento al planteo de inconstitucionalidad formulado durante la etapa de alegatos, no puede ser acogido favorablemente.

Es que, el recurrente expone su agravio apartándose de las constancias de la causa toda vez que el juzgador de modo expreso resolvió la cuestión propuesta (fundamentos, fs.559 y vta.) y por haber sido adverso el resultado alega que el juzgador “no comprendió” o “desatendió” el reclamo formulado.

En efecto, el a quo, en relación al planteo de inconstitucionalidad formulado, señaló que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico, por lo que se debe recurrir a ella cuando una estricta necesidad lo requiera (CSJN, Fallos 249:51; 264:364; 288:325 entre otros).

A ello agregó que «[...] en el presente caso no existe siquiera la necesidad de hacer recibo de un planteamiento de tal magnitud en virtud de que de modo alguno pudo considerarse en este caso que la pena merecida por el imputado pueda estar cerca del mínimo del marco penal y mucho menos traspasarlo» (fundamentos, fs. 559).

De tal manera, y de acuerdo a lo señalado por el juez sentenciante, aún en el supuesto de haber recibido de manera favorable el planteo de inconstitucionalidad formulado, la gravedad de los hechos atribuidos al acusado, imponían alejarse del mínimo legal previsto.

Por ello refirió que el planteo de la defensa resultaba abstracto «... al no haberse condenado al imputado por el mínimo de la pena prevista legalmente sino a una pena mayor, a saber la pena de nueve años de prisión». A lo que agregó «... **si bien esta condena tiene como presupuesto la solicitud de la Fiscalía no puedo dejar de advertir que el hecho presenta, tal como ha quedado plasmado en los fundamentos de la individualización de la pena, una particular gravedad que la aleja de los hechos de menor gravedad por lo que, incluso, hubiera permitido una mayor severidad de la pena en caso de haber sido solicitada**».

En función de lo expuesto, concluyó «por estos motivos, entiendo que **el planteamiento de la Defensa deviene abstracto al no existir perjuicio concreto para el imputado en relación con el caso concreto aquí planteado, en virtud de que la pena impuesta resulta adecuada al merecimiento y necesidad de la misma por las razones expresadas en su individualización**».

Lo señalado permite controvertir la afirmación de la defensa cuando argumenta que «la declaración de inconstitucionalidad tiene tal magnitud que no puede “devenir en abstracto” en ningún caso, y menos en el presente, ya que la gravedad institucional se concreta cuando la pena aplicada no es racional y no guarda relación con la trascendencia del hecho atribuido». Esta falencia en la que incurre el recurrente y la argumentación del juzgador que comparto, sustenta de modo definitivo el rechazo del agravio.

A ello debe añadirse, por un lado que el censurante equivocó la vía procesal para articular su reclamo, al canalizarlo a través del recurso de casación y no del recurso de inconstitucionalidad, y por el otro, que no logra precisar cómo en el caso concreto se afecta la igualdad y la razonabilidad de la norma cuestionada, ni demostrar por qué las razones de política criminal que el legislador tuvo en miras para el dictado de las normas penales cuestionadas merecen la tacha de arbitrariedad que pretende. En otro orden, debo decir que encuentro que el recurrente no explica adecuadamente las razones por las que considera que en el caso la pena aplicada a C. B., es contraria al principio de culpabilidad, y tampoco por qué los criterios utilizados por el sentenciante para mensurar la reacción penal resultan insuficientes para justificar la sanción finalmente impuesta.

De este modo, no advierto vicios capaces de controvertir el razonamiento del a quo el que, también sobre este punto debe ser convalidado.

En efecto, el juez de la instancia anterior al fundamentar la individualización de la pena impuesta a C. B. realizó un detallado análisis de las diversas circunstancias que debían considerarse, en el caso concreto, como agravantes y atenuantes de la sanción. Así, tuvo en cuenta el vínculo afectivo existente entre la menor y el imputado, en tanto «... estos hechos [imputados] sucedieron en el marco de una relación de afecto y confianza del imputado C. B. con la familia de la niña e incluso con ésta: no se trata aquí del mero aprovechamiento de la confianza y facilidad para cometer el hecho que implica la convivencia sino del vínculo afectivo que existía con la niña ya que ésta le decía “papá” o “papi”, si bien era la pareja de su madre o “padrastra”».

A su vez, tomó en consideración la pluralidad de hechos que, a su criterio, resultaron graves y que por ser numerosos afectaron en mayor grado a la menor. En este sentido destacó que la consideración de los hechos dentro de un delito continuado, no podía resultar en la dilución de la mayor gravedad que implica la numerosa reiteración de hechos ante la apariencia de que se está ante un solo hecho. También consideró que debía mensurarse en la determinación de la pena la extensión del daño ocasionado por el hecho, toda vez que éstos tuvieron consecuencias lesivas graves en la niña, en tal medida que requirió medicación psiquiátrica y prolongados tratamientos psicológicos. Ello conforme a los informes de fs. 12/13, así como al testimonio de la Lic. M., del Dr. C. del EPAASI y de la Lic. B. Además, estimó que por haber sido consumado el hecho por el imputado en carácter de autor y con dolo directo, merecía mayor reproche en relación con la intervención delictiva y la imputación subjetiva. Por su parte, y en relación a los aspectos subjetivos que indica las disposiciones del art. 41, inc. 2 del CP, el a quo ponderó que la edad del imputado en el caso concreto no podía ser considerada como atenuante, en tanto C. B. se encontraba claramente en la adultez.

Por el contrario al evidenciarse una asimetría tan grosera en relación a la víctima, la edad del acusado debía ser ponderada como circunstancia agravante. En cuanto a su nivel educativo y socio-cultural, C. B. el sentenciante señaló que éste tuvo las oportunidades de una adecuada socialización, por lo que aquellas circunstancias no evidenciaban importantes limitaciones para la comprensión y actuación conforme a derecho en un hecho de las características analizadas; razones que le permitieron afirmar que ni el nivel educativo ni socio-cultural podían ocupar un lugar atenuante en la pena fijada.

Finalmente consideró que la falta de antecedentes del imputado, como también el reconocimiento de los hechos y el arrepentimiento manifestado durante el debate oral debían estimarse respecto de la sanción a imponer.

En síntesis, advierto que el tribunal de sentencia ha valorado adecuadamente y sin arbitrariedad alguna las diversas circunstancias establecidas por la legislación de fondo para mensurar la pena que resulta aplicable al delito atribuido al acusado, ello luego de haber descartado, fundadamente, el planteo de inconstitucionalidad formulado.

Por las razones expuestas y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere

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

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Comparto los fundamentos por los cuales el ministro que lidera el voto preopinante, considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G. C. B..

En especial, comparto los fundamentos brindados por el a quo en el proceso de determinación de la pena, quien al analizar las condiciones objetivas de las acciones desplegadas por el imputado, ponderó que en el Sistema internacional de Derechos de Humanos los niños y las niñas representan un colectivo particularmente vulnerable de violencia, incluida la sexual, por ello las normas internacionales proveen una especial protección para ellos. De este modo entendió que «... **este marco normativo permite realizar una subsunción del caso no sólo en el tipo penal del delito de abuso sexual agravado por el que se condena, sino en el marco de una mayor expresión de relevancia y disvalor de estos comportamientos que permite argumentar una mayor gravedad del ilícito ...**» (fundamentos de fs. 557 vta.).

En este entendimiento, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad. De este modo, debo destacar que Ariadna es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (**Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66**).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver « Concha, Jesús»).

La Corte IDH en el “Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala”, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos

8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, Caso **Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, sentencia de **31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr.201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

De este modo, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: **i)** la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y **ii)** que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N°24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género,

reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, **Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160**; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216**; **Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215**; y C.S.J.N. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. CIDH, **Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**). En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el Caso **Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, **“Caso Bulacio c/ Argentina”. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N° 100. Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37**).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 580/582 vta, a favor de C. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

26- DI CESARE MORALES. 26-06-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf

Lex: Art. 89, en función con los arts. 92, 80 inc. 1° y arts. 29 del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Arma. Amenazas. Lesiones leves dolosas. Retracción. Absolución parcial. Nulidad.

Summa:

El TPC **absolvió**, por el beneficio de la duda, a L. G. D. C. M. de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma, en concurso real con amenazas simples (art. 119, tercer y cuarto párrafo, inc. d), segunda parte, art. 55 y art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto, del C.P.) y lo condenó a la **pena de dos años de prisión en efectivo** como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por existir relación de pareja (art. 89, en función con los arts. 92, 80 inc. 1° y arts. 29 del C.P)

El **MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto por la Fiscalía.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación, anular el debate, sentencia y fundamentos.

Resolución cuestionada: *Sentencia pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

Precedentes relacionados

Retracción

<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

- Calderón Polo. 17-05-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=65>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Gómez Alcaraz. 12-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=252>
- Ortíz Agüero. 16-04-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=637>
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Tello Sánchez. 21-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=819>
- Baina Mandril. 16-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=839>
- Salguero Guzmán. 28-11-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=953>

Perspectiva de género:

- Pécora. 16-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=881>
- Ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», «Basualdo Reyes», entre otros. «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa», «Quiroga Morales»; «Ojeda Pérez» y «Vázquez Tumbarello», «Navarro Orta»; «Kraus»; «Castillo Orozco»; «Aracena»; «Valdatta», « Benavidez Porcel»; «Montenegro Fisigaro» y «Mejía Salvador», entre otros.

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

(G.Q.)

Fallo.

CUIJ: 13-04521567-3/1((018602-122236)) FC/ D. C. M. L. G. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (122236) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104603688*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04521567-3/1, caratulada "F. C/ D. C. M. S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

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

La fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género interpone recurso de casación (fs. 316/325) contra la resolución de f. 301 mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción judicial absolvió, por el beneficio de la duda, a L. G. D. C. M. de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma, en concurso real con amenazas simples (art. 119, tercer y cuarto párrafo, inc. d), segunda parte, art. 55 y art. 149 bis primer párrafo, primer supuesto, del C.P.) y lo condenó a la pena de dos años de prisión en efectivo como autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas agravadas por existir relación de pareja (art. 89, en función con los arts. 92, 80 inc. 1° y arts. 29 del C.P).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal consideró acreditado con el grado de certeza exigido para el dictado de una sentencia condenatoria que «el día 25 de agosto de 2017, siendo aproximadamente las seis horas, L. G. D. C. M. arribó a su domicilio sito en ..., en el cual residía su pareja V. V. y, luego de una fuerte discusión y agresiones mutuas, le propinó un golpe en la frente con un ladrillo causándole lesiones corporales conforme lo constatado en los exámenes físicos... Posteriormente, a las 18 hs., cuando la víctima intenta salir del domicilio, el imputado la tomó del cuello, propinándole puntapiés en las costillas y en el abdomen, ocasionándole excoriaciones en la región frontal derecha, equimosis en región derecha del cuello, equimosis en región mandibular izquierda y tumefacción en muslo derecho» (f. 305).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre los elementos más relevantes, los testimonios de la víctima, de B. N. P., A. M. M. y L. I. D. C.; el resultado del examen ginecológico de la víctima y los exámenes físico del imputado y la víctima.

II.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal entiende que la sentencia 160 es arbitraria al realizar una valoración parcial y errática de la prueba.

Afirma que, en efecto, el abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma y las amenazas simples se encuentran acreditados con la certeza exigida por una sentencia condenatoria conforme se sostuvo en la acusación. En esta línea, critica:

a.- La derivación que el tribunal realiza del resultado del examen ginecológico practicado a R.V. V..

b.- La apreciación del testimonio de R. V. V. en relación con la existencia o no de un arma de fuego en poder del imputado al momento de los hechos.

c.- La valoración del sentido de las expresiones del imputado en relación con la calificación jurídica de amenazas simples y su idoneidad en relación con la generación de temor en la denunciante. d.- El lugar central que el juez atribuye a la retractación de V. R. V. realizada en sede de debate. e.- La ausencia de encuadramiento del hecho como lesiones leves en un contexto de violencia de género de conformidad con lo previsto por el art. 4 de la ley 24.685.

La representante del Ministerio Público Fiscal concluye su presentación solicitando se dicte sentencia declarando nulo el fallo impugnado y se ordene la prosecución de la causa según su estado, manteniendo la calificación de los hechos atribuidos en autos.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por la fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género (f. 339), remitiéndose a los argumentos oportunamente expresados.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso casatorio impetrado.

La estrategia argumentativa de la representante del Ministerio Público Fiscal consiste en atacar el razonamiento del a quo y, al mismo tiempo, reafirmar su pretensión acusadora en relación con los hechos originalmente imputados.

Como explicaré a continuación, entiendo que este intento nulificante es lo suficientemente sólido para alcanzar lo que se propone. Veamos.

El juez sentenciante analiza la prueba ofrecida por las partes y concluye que no alcanza para afirmar, con la certeza exigida por una sentencia condenatoria, que D.C. abusó sexualmente de V., en la modalidad propuesta por la acusación.

Sus argumentos centrales coinciden con los agravios esgrimidos por la representante del Ministerio Público Fiscal, por lo tanto, su revisión en esta instancia permite contestar ordenadamente las objeciones de la recurrente.

En primer lugar, advierto en línea con lo prescripto por la normativa nacional e internacional para aquellos casos en los que la víctima mujer ha padecido prima facie un ataque contra su libertad e integridad sexual, que el juez sentenciante no coloca en un lugar privilegiado de su silogismo al testimonio de R. V., tal como observa la recurrente. V., si bien en un primer momento denunció el hecho que luego se plasmara en la plataforma fáctica contenida en el requerimiento de citación a juicio de fs. 195/203, a los dos días de formulada la denuncia se retractó de ella.

En esa ocasión expresó: «quiero retirar la denuncia, que ese día nos pegamos los dos y yo vine a denunciar porque estaba enojada». A su vez, negó su consentimiento para la realización de un examen psicológico (f. 56). En sede de debate mantuvo esta versión de los hechos.

Agregó que ella prestó su consentimiento para la relación sexual con el imputado, así como que no fue amenazada, poniendo en duda que D. C. haya portado un arma de fuego el día de los hechos. De este modo, el juez concluyó que era dudoso que la relación sexual no haya sido consentida o que el imputado

haya portado un arma. Por su parte, le quitó entidad a las amenazas en orden a la causación de temor en la víctima.

Todo lo cual lo llevó a afirmar que sólo estarían acreditadas las lesiones dolosas agravadas por la relación de pareja (f. 303 vta.). Sin embargo, en relación con el agravio relativo a la valoración que el magistrado sentenciante ha realizado de la declaración de la víctima le asiste razón a la recurrente cuando objeta que haya sido debidamente motivada. Es que el a quo no se planteó, y por ende no contestó, la pregunta fundamental que ha de formularse en estos casos: **¿por qué ha de creerse en la retractación de la víctima?** El a quo yerra cuando no analiza debidamente cuál es la razón que lleva a la víctima a modificar su versión de los hechos, y también en la valoración integral, pues advierto que su sentencia no incorpora la perspectiva de género en tanto prisma a través del cual debe ponderarse el plexo probatorio en casos de este tipo, en los que la víctima es una mujer que se encuentra sometida a una relación de desigualdad frente al varón. Circunstancia que surgiría, como destaca la recurrente, del contexto de violencia psíquica y física periódica que padecía V., así como de que ya había realizado denuncias en el pasado por agresiones.

Cuando elementos de esta clase no son incorporados al razonamiento del juez y, en consecuencia, se omite valorar la prueba a la luz de la perspectiva de género, entonces la sentencia es inválida en tanto acto jurisdiccional. Ahora bien, podría pensarse que existen otros elementos de prueba que permiten sostener la versión de la víctima que desgrava al imputado. Pero esto tampoco surge de las constancias obrantes en la causa. Por un lado, se encuentran constatadas las lesiones que recibió V..

Ellas no son objeto de controversia. Por otro lado, el resultado del examen ginecológico tampoco libera de responsabilidad a D.C. pues aquel, si bien no arroja lesiones que permitan deducir la existencia de un acceso carnal violento (f. 304), debe valorarse a la luz de aquellas lesiones probadas, el resultado del hisopado vaginal que dio positivo para el perfil genético del imputado (informe del Laboratorio de Genética Forense) y la tumefacción en la cara lateral del muslo derecho que surge del informe de f. 190. Este cuadro indiciario que debe interpretarse, a su vez, a la luz de las declaraciones de la víctima en sede policial cuando expresó que no se había resistido por temor, en lo que respecta a la intimidación propia de la portación del arma de fuego en el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal.

Por su parte, en relación con la imputación por el delito de amenazas simples, el juez lacónicamente se limita a cancelar el sentido intimidatorio de las expresiones del imputado con base en que sus dichos se habrían producido en un «contexto de discusión y agresiones físicas mutuas» (f. 304 vta.).

Pero nada dice sobre por qué las expresiones «ándate que no te voy a dejar en paz, voy a ser tu karma, te voy a matar a vos y al que esté con vos» no se habrían producido o, en su caso, por qué no habrían de generar temor en la víctima, tal cual lo declaró al momento de interponer la correspondiente denuncia policial.

En relación con el agravio relativo a la valoración del sentido de estas expresiones en tanto elemento del tipo de amenazas considero nuevamente que si no se tiene en cuenta la perspectiva de género no puede resolverse correctamente el caso, tanto en el nivel de la valoración de la prueba como en el nivel de la calificación jurídica de los hechos.

La víctima describió con precisión la existencia del arma de fuego al momento de denunciar pero luego, en sede de debate, puso en duda que el imputado la portara al accederla carnalmente. En relación con ello, entiendo que el razonamiento del a quo padece el mismo problema que ya se explicitara de manera genérica en lo que respecta a su aproximación al caso al margen de la perspectiva de género: no se han dado razones motivadas de por qué se le cree a la víctima en el debate y no en la instrucción.

Por ende, si este tramo del razonamiento del a quo se encuentra inmotivado, entonces también lo está la conclusión relativa a la duda sobre la inexistencia del arma de fuego, la intimidación que llevara a la víctima a no resistirse al acto sexual y la existencia de temor producto de lo manifestado por el acusado. Así, en línea con la recurrente estimo que la absolució del imputado no solo se encuentra inmotivada en relación con la existencia del abuso sexual calificado por acceso carnal, sino también en relación con la existencia del arma de fuego y del temor causado por las amenazas simples.

A ello no obsta el sentido del descargo del imputado y las declaraciones testimoniales de B. P., A. M. M. y L. D. C., si se considera que estas dos últimas deponentes son, respectivamente, la madre y la hermana de D. C..

Circunstancias que debieron ser analizadas al momento de valorar el peso de ambos testimonios en relación con el resto de los elementos de prueba. Al analizar la variación del relato de la denunciante, el tribunal de juicio omite considerar si podría ser un clásico efecto del ciclo de violencia de género en el que ella se encontraba inmersa.

A modo retórico, la recurrente se pregunta «¿cuáles son los elementos en los que se basa el sentenciante para darle mayor fuerza convictiva a esta nueva declaración? Y, por otro lado, ¿cuáles son los fundamentos por los que se aparta de la declaración que diera origen a los hechos denunciados a escasos momentos de acontecidos los mismos? Preguntas éstas que no surgen de la escueta fundamentación del a quo».

Esta argumentación consigue horadar la sentencia del tribunal de juicio, pues ninguna de estas cuestiones es respondida de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional. En efecto, y según entiendo, el desgravamiento de la víctima en los delitos sexuales no basta, una vez instada la acción, para liberar de responsabilidad al acusado, salvo que su retractación se articule con otros elementos de convicción. Lo cual, como ya he expuesto, no sucede en este caso.

El estado de duda que caracteriza el temperamento del juzgador omite considerar, tal cual pone de relieve la impugnante, el ciclo de la violencia de género que posiblemente pueda haber influido en que V. modifique su relato.

Llegados a este punto, la respuesta a la pregunta que formula el Ministerio Público Fiscal –esta es, cuán libre ha sido la víctima al momento de cambiar su versión de los hechos– no ha sido siquiera formulada por el a quo y, lógicamente, tampoco respondida.

No debe perderse de vista que esta no es una cuestión meramente subjetiva, es decir, relativa a la búsqueda de la existencia o inexistencia de una intención incriminadora en la víctima, sino principalmente objetiva.

Con esto último me refiero a que sus manifestaciones deben ser articuladas con otros elementos probatorios y, dadas las circunstancias del caso, con su interpretación en el marco de un contexto de violencia de género. Una labor que entiendo está ausente en la sentencia criticada o, sencillamente, deficitariamente realizado, lo que amerita ser nuevamente encarado.

En conclusión, considero que los agravios atacan aspectos centrales del razonamiento del a quo y encuentran asidero en las constancias de la causa. Razones que me convencen de que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar al recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal.

No obstante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

Tal como referí en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar -en un segundo momento conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento, y tal como lo analizó el ministro preopinante, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio, con prescindencia de una mirada integral de la problemática y de las particularidades propias de hechos de violencia contra la mujer en razón de su género, incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece **la Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género.

Cabe destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66). Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar y esclarecer lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los

hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos.

En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78).

En este entendimiento, debo mencionar que, tal como exprese en el **precedente «Galdeano Reyes»**, la cuestión en análisis constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad, tal como aconteció en el presente caso.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios que se ajusten a los particulares contextos en que se desarrollan los hechos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como víctimas y titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la Sentencia N° 160 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 316/325 por la Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género.
- 2.- Anular el debate efectuado, la Sentencia N° 160 y sus fundamentos, y remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

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

27- LARRUE. 05-07-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FcLMJ.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo en función con 4° párrafo inciso b) y f) del CP.

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual agravado. Ascendiente. Convivencia.

Summa:

La **Segunda Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por ascendiente de la víctima y por ser la víctima menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119, segundo párrafo en función con 4° párrafo inciso b) y f) del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). toda vez que entiende que existen vicios in procedendo en el acto sentencial que cuestiona.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Considera que el impugnante intenta debilitar la certeza a la que arribó el a quo, cuestionando en forma aislada la valoración de distintas pruebas o indicios tratando de quitarles la fuerza convictiva que surge de su análisis en conjunto.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. C. L. M.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 8820 (17-03-17), pronunciada por la 2° Cámara del Crimen-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Biscontin Tobares. 02-03-17:

<https://ec712f7fd4.cbaul-cdnwnd.com/7b13aca47be36be64afa10f22f27ba6b/200000320-c9aacca45/Biscontin%20Tobares.pdf>

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es
- Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia 31-01-06. Serie C N° 70, párr.201.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244

c- CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Doctrina citada

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guía-para-periodistas>

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

(G.Q.)

Fallo.

CUIJ: 13-04130533-3/1((010502-13183)) F. C/ L. M. J. C. P/ ABUSO SEXUAL GRAV. ULT. AGRAV. COMETIDO ASCEND. VICT. Y MENOS 18 AÑOS APROV. SITUAC. CONVIV. PREEX. (13183) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104193275*

En Mendoza, a los cinco días del mes de julio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04130533-3/1, caratulada “FC/L. M. J. C. POR ABUSO SEXUAL ...S/CASACIÓN”

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

La defensa de J. C. L. M., interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 8.820, de fecha 17 de marzo de 2.017, obrante a fs. 539 y vta. y sus fundamentos de fs. 540/553, en tanto condena al nombrado a la pena de ocho años de prisión como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por ascendiente de la víctima y por ser la víctima menor de 18 años de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente (art. 119, segundo párrafo en función con 4° párrafo inciso b) y f) del Código Penal).

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por la Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-13.183/10. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

1- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis en lo pertinente para la solución del presente recurso establece que, «[...] el día 12 de febrero del año 2010, siendo aproximadamente las 16 hs., la menor A. E. L., de 7 años de edad, se encontraba en su casa sita en calle, en compañía de su padre biológico, J. C. L. M. en una pieza donde se encuentra la cama de sus padres y la cama de ella, cuando su padre la acostó en su cama, le bajó la falda y le abrió las piernas con la mano, refiriendo la menor que “le besó en el chochito, y después me pasó su pito por la chochita, me hacía doler, luego volvió a darme besos en el chochito”». Para así decidir el Tribunal de sentencia valoró: la declaración testimonial prestada en el debate por L. V. y sus manifestaciones de fs. 4/5; la declaración testimonial prestada en audiencia de debate por la Lic. G. I.; la testimonial prestada en debate por la Lic. en psicología M. C. G.; la testimonial prestada en el debate por el Lic. en psicología F. L.; acta de denuncia de fs. 1/2; evaluación psicológica realizada a la niña A. L. y fs. 327/328; acta de audiencia en Cámara Gesell de fs. 74 y desgravación de Cámara Gesell llevada a cabo respecto a A. L. de fs. 99/108; informe del CAI en relación a aquella de fs. 184; pericia psicológica de fs. 310 y vta.; y el resto de la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación

El defensor técnico promueve su impugnación a tenor de las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP, toda vez que entiende que existen vicios in procedendo en el acto sentencial que cuestiona. a) Críticas relativas a la valoración de los elementos de prueba Señala que la Cámara del Crimen para llegar a la sentencia condenatoria ha valorado en especial tres pruebas a las que les ha otorgado valor conviccional suficiente. Así considera que estas pruebas son: a) el relato de la menor víctima al que califica como persistente,

ponderando lo declarado a fs. 1 y vta. de autos y el testimonio prestado ante Cámara Gesell; b) el relato de la madre de la niña y, 3) las conclusiones de las pericias junto a las constancias de la Cámara Gesell. Critica que se haya privado al Tribunal y a las partes de la posibilidad de contar durante el debate con el testimonio de la menor víctima, poniendo de relieve la importancia de tener un contacto directo con aquella a más de siete años de ocurrido el hecho para que pudiese convalidar o no sus declaraciones sobre lo ocurrido el 12 de febrero de 2.010. Entiende que se debió sumar al relato de la menor el testimonio de su madre, de su tía A. A. y su abuela puesto que de esas declaraciones surge que A. habitualmente inventa historias y miente. Vincula tales relatos con la necesidad de analizar los dichos de la menor de manera más estricta. Critica que en la sentencia no se señala nada al respecto como tampoco del sentimiento de la niña hacia su padre conforme lo expresado por su progenitora L. V.. Cuestiona la valoración efectuada en relación a los dichos de la Licenciada I., y considera que es ésta quien se encontraba en mejores condiciones para desentrañar el pensamiento de A., toda vez que fue quien la trató por casi ocho meses utilizando métodos similares a los otros expertos. En relación al testimonio de L. V. considera que éste resulta interesado por ser la madre de la niña; la califica como celosa, impulsiva, con problemas con su cónyuge, con desconfianza, por momentos olvidadiza del modo en que acontecieron los hechos. Considera que el desarrollo sexual inadecuado para la edad de A. podría haber sido adquirido o inducido en otros ámbitos, tales como el hogar propio o de sus primos, la escuela y que bien podría haber sido obra de la madre, puesto que es quien pasaba más tiempo con la niña. Critica el mérito acordado a las conclusiones de L. y G. por cuanto no acompañaron a la causa los borradores o antecedentes de los que se sirvieron para concluir sobre la existencia del abuso sexual. Agrega que se ignora cuántas sesiones se llevaron a cabo ni el desarrollo de éstas para poder observar su corrección o no. Refiere que la Cámara no ha brindado razones suficientes del motivo por el que resulta más creíble el informe de unos sobre el otro. Añade que no pueden tomarse como definitivas ni coadyuvantes las afirmaciones de D. quien afirmó a primera vista que la niña había sido ultrajada tras un breve interrogatorio. b) Critica la pena impuesta. Considera que el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia condenatoria, más de siete años debieran haber impactado en la condena a tenor de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del señor Procurador General

A fs. 574/575 se encuentra agregado el dictamen emitido por el señor Procurador General. Considera que el impugnante intenta debilitar la certeza a la que arribó el a quo, cuestionando en forma aislada la valoración de distintas pruebas o indicios tratando de quitarles la fuerza convictiva que surge de su análisis en conjunto. Entiende que el sentenciante valoró adecuadamente el plexo probatorio, considerando que la versión inculpativa resulta corroborada validando los dichos de la víctima a los que calificó como firmes, coherentes y persistentes sumando a ello los elementos de convicción que los respaldan. Añade que se analizó detalladamente el relato de la niña a los profesionales en la Cámara Gesell. Refiere que los dichos de la Lic. I. fueron analizados y se rescató que su función fue de acompañamiento y sostén psicológico y no buscó indicadores relativos al delito endilgado a L.. En relación a los cuestionamientos formulados sobre las conclusiones de los profesionales L. y G., refiere que se valoró su solvencia técnica y que ésa pudo ser apreciada en la audiencia de debate al oralizarse el informe. Señala que en definitiva la sentencia se encuentra fundada y los vicios denunciados no se encuentran presentes y no tienen asidero en las constancias de autos. Solicita se rechace el recurso de casación y se convalide la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Nanclares. Preopinante.

Por diversos motivos entiendo que el recurso de casación promovido por la defensa del acusado no puede prosperar, en atención a los motivos que a continuación paso a explicar.

a) Sobre la valoración de los elementos de prueba

Analizado el recurso de casación promovido, entiendo que el eje de la crítica radica en cuestionar la interpretación la valoración e interpretación de los medios de prueba incorporados al debate propiciando una ponderación diversa de la que surgirían dudas en relación a la materialidad de los hechos investigados.

Como anticipé, considero que los elementos de prueba válidamente incorporados al debate han sido adecuadamente meritados y, en base a ello es que se ha tenido por acreditada con el grado de certeza necesario en esta etapa procesal la materialidad del hecho examinado y la autoría por parte del imputado. En relación al cuestionamiento formulado por el defensor técnico respecto a la importancia que asigna a la posibilidad de que el Tribunal tome contacto directo con la víctima, conviene recordar que este Cuerpo ha tenido ocasión de expedirse sobre los supuestos en que un menor de edad resulte víctima de delitos como el que se investiga en la presente.

En opinión que comparto en el precedente N° 13-02846479-1 “**Biscontin**”, se señaló que tal elemento probatorio resulta una declaración testimonial de características especiales, puesto que pese a que el acto –materialmente– no resulta definitivo e irreproducible –puesto que no es imposible, en los hechos, que la víctima declare en el proceso penal en una o varias oportunidades–, hay motivos razonables para considerarlo como tal.

En efecto, la necesidad de no revictimizar a las víctimas imponiéndoles numerosas entrevistas para que relate una y otra vez el mismo hecho y el desmedro que tal evento implica en su recuperación; como también el hecho de que en atención al tiempo transcurrido una víctima de escasa edad –como en el caso de autos– olvide lo ocurrido o su relato sea cada vez menos preciso, abonan la tesis de considerarla de tal manera.

Por ello, la pretensión sugerida por el recurrente en relación a la importancia de que la niña depusiera en el debate no puede ser acogida favorablemente, máxime que la incorporación de la testimonial prestada al momento de formular denuncia y aquella brindada en Cámara Gesell y consecuente ponderación en la etapa de juicio no fue resistida en ningún momento por la defensa técnica del imputado de manera que ingresada válidamente al plenario, ésta se encuentra en condiciones de ser valorada en la sentencia.

Se queja de la falta de ponderación vinculada al relato de la niña del testimonio de su madre, de su tía A. A. y de su abuela, por cuanto considera que de tales declaraciones surge que la niña habitualmente inventa historias.

En primer término y en relación al cuestionamiento dirigido a la falta de ponderación de los dichos de la madre de A. considero que no le asiste razón, puesto que de las constancias de la causa y en especial del debate llevado a cabo y los fundamentos de la sentencia surge que las manifestaciones de L. V. sí fueron tomadas en consideración, asignándole una diversa interpretación de la que pretende el recurrente.

Al respecto conviene señalar que si bien V. narró que su hija contaba historias inexistentes, afirmó que siempre creyó a su hija en relación al hecho denunciado.

De tal manera el a quo valoró en abono del relato de la niña las manifestaciones de su madre poniendo de resalto la manera categórica en que la niña enfrentó la situación frente a sus progenitores señalando a su padre y narrando lo que éste le había hecho.

Yerra también el defensor al señalar que en la sentencia nada se dice sobre los sentimientos de la niña hacia su padre, por el contrario los fundamentos de la sentencia dan cuenta del amor de la niña hacia su padre pero también del mal recuerdo por el hecho ocurrido.

En relación al cuestionamiento formulado por la no valoración de las manifestaciones de A. A. y de la abuela materna de la niña advierto que tales declaraciones testimoniales no fueron ofrecidas por ninguna de las partes en el momento oportuno, motivo por el cual no fueron incorporadas al plenario y por ende no fueron valoradas.

Debe ser rechazada la crítica que sostiene que el juez no valoró las manifestaciones de la Licenciada I., por el contrario en la sentencia concretamente se alude a la conclusiones de esta profesional y en relación a la falta de constatación por su parte del hecho aquí investigado se hace notar que su función no consistió en indagar sobre criterios que indicaran la veracidad o no de su relato, sino que su labor consistió en acompañar y sostener psicológicamente a la niña.

Tampoco enervan las conclusiones a las que se llega en la sentencia impugnada la calificación efectuada por el defensor sobre L.V..

Tales apreciaciones no resultan más que la impresión personal del recurrente en relación a uno de los elementos de prueba de cargo de la sentencia condenatoria, sin que tales afirmaciones encuentren sustento en otros medios de prueba.

En igual sentido corresponde expedirse en relación a la pretensión del defensor de atribuir el desarrollo sexual inadecuado de A. a otros eventos posibles, tales hipótesis planteadas por el recurrente no encuentran correlato en elementos de prueba válidamente incorporados a la causa.

Establecido ello, corresponde señalar que la labor llevada a cabo por el Tribunal en relación a la valoración de los elementos de prueba ha resultado acertada.

De tal manera el principal elemento convictivo resultó la testimonial de A. L. quien según el Tribunal de sentencia brindó un relato dotado de “firmeza, coherencia y persistencia” corroborado también por elementos de convicción independientes.

En relación a este testimonio no se ha acreditado que la niña tuviese imposibilidad de declarar, por lo que más allá de la posición que ocupa en relación al hecho traído a examen, sus declaraciones resultan un elemento de prueba válido.

Contrastadas las declaraciones prestadas por A. en el presente proceso, es posible apreciar que en lo nuclear del hecho se han mantenido inalteradas.

Además, contrastadas las declaraciones de la niña con el resto de los elementos probatorios válidamente incorporados al debate de esta labor surge que sus dichos se vieron corroborados por las declaraciones de su madre y por las conclusiones de los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario que con posterioridad al hecho denunciado se expidieron en la causa sobre la confiabilidad y credibilidad de su relato.

Tampoco logra desmerecer el grado de certeza obtenido por el Tribunal de juicio la crítica referida a la falta de acompañamiento de los borradores o antecedentes de los que se sirvieron los profesionales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario.

Del examen de la causa surge que éstos prestaron declaración testimonial en el debate en presencia de las partes y particularmente del defensor técnico del imputado quien estuvo en condiciones de formular preguntas en relación a las técnicas utilizadas por aquellos y la existencia o no de borradores al respecto. Tampoco puede ser acogida la crítica que pretende otorgar relevancia a las conclusiones de la Lic. I., por ser la profesional que brindó un tratamiento más prolongado a la niña.

Al respecto se refirió que el objeto de su intervención no consistió en pesquisar indicadores de credibilidad y fiabilidad de los dichos de la niña, sino ser más un bien una asistente terapéutica de aquella, circunstancia advertida por I..

De tal manera, surge evidente que el motivo por el cual se otorgó preponderancia a las conclusiones de los Licenciados G. y L. radica en que su intervención en la presente causa obedeció concretamente a determinar el crédito o no del relato de la niña.

Tampoco logra enervar las conclusiones del a quo la referencia a las afirmaciones atribuidas a un profesional llamado D., puesto que no surge de los fundamentos de la sentencia que las locuciones a él atribuidas hayan tenido la relevancia que el recurrente le asigna.

En relación a la crítica esbozada por el recurrente respecto a la pena individualizada entiendo que corresponde su rechazo.

Al respecto se advierte que escuetamente menciona que estima necesario atribuir al largo tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia un impacto en la condena.

Examinada la parte pertinente del acto sentencial surge que el a quo valoró la gravedad del hecho atribuido, el daño y el peligro causado, como también las circunstancias subjetivas tales como la edad y educación de L., motivos que lo llevaron a delinquir, la conducta precedente, sus costumbres y en orden a ello fue que estimó que la pena de ocho años –coincidente con el mínimo de la escala penal atribuible para el delito endilgado– resultaba suficiente para refutarlo adecuadamente.

Por lo expuesto y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación formulado. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el ministro que lidera el voto preopinante, considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J. C. L. M No obstante ello, y advirtiendo que la víctima en autos, A. E., pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que A. E., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña.

Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver **“Concha, Jesús y ots.”, CUIJ:13-04292884- 9/1**).

La Corte IDH en el **“Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género. Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre

ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el **art. 16** de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de **amplitud probatoria** para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el **art. 31** conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de **indicios graves, precisos y concordantes**.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (**Cfr. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).**

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima Anabela Esperanza, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (**Cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (**Cfr. Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N°100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37**).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados

a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 559/565 vta. por la defensa de J. C. L. M.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JORGE H. NANCLARES Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 05 de julio de 2019.-

28- AGUILERA. 01-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														474
VS	M	M	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190801_FcATE.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo en función del 1° párrafo del CP; 206, 409, 416 inc. 4°, 474 incs. 1° y 2° CPP. Convención Belem Do Pará. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso Carnal. Violencia de género. Valoración probatoria con perspectiva de género.

Summa:

El TPC N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Asegura que la resolución en crisis incurrió en una violación de las garantías constitucionales, pues adolece de motivación insuficiente, transformando al acto sentencial en arbitrario.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Ello en tanto, según su opinión, surge del análisis de la resolución atacada que el sentenciante contó con elementos de convicción suficientes para alcanzar la certeza requerida para condenar al encausado.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 370, pronunciada por el TPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427: Escudero 21-12-1984
- L.S. 153-011: Cirrincione 07-03-1978

Precedentes relacionados

- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Villegas Calabretto.15-11-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/211115_FcVCA.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Calderón Polo. 17-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCPG.pdf
- Merlo Donaire. 08-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

Parágrafos destacados

“En efecto, tal como lo refiriera al comienzo de este apartado, el tribunal de grado encuadró el ataque sexual cometido por el imputado contra la víctima, como un caso de violencia de género. Desde allí analizó toda la prueba obrante en la causa, proyectando las características que resultan propias a ese tipo de

conductas en el análisis reflexivo efectuado acerca de la cualidad de cada uno de los instrumentos probatorios. Las capturas de mensajes aportadas a la causa, y mediante las cuales la defensa pretende demostrar un cierto tipo de relación entre víctima y victimario a partir de la cual no existiría un abuso sino una relación sexual fruto de una decisión consensuada de ambos, no escapó a la explicación del sentenciante.

Así, luego de referirse extensamente a los postulados que emergen de la legislación convencional y nacional aplicable a la materia –Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la ley 26.485–, corroboró en el vínculo entre el acusado y la víctima cualidades típicas que presentan los casos de violencia contra la mujer.”

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

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-04570479-8/1((038601-115653)) F. C/ A. T. E. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR SER CON ACCESO CARNAL (115653) (115653/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104652981*

En Mendoza, el día primero de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04570479-8/1 caratulada "F. C/A., T. E. P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR SER CON ACCESO CARNAL S/CASACIÓN".

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

A fs. 238/256, el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 370 de fecha 21 de setiembre de 2.018 (fs. 226 y vta.) y sus fundamentos –los que obran en soporte digital–, en cuanto condena a T. E. A. G. a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal que se le atribuye en el marco de los autos N° P-115.653/17 (art. 119 3° párr. en función con el 1° párr. del CP). Pronunciamiento dictado por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento costas.

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

1.- Resolución recurrida

En la sentencia impugnada el tribunal de mérito consideró acreditado con el grado de certeza exigido para el dictado de un pronunciamiento condenatorio, los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio de fs. 118/120 vta., esto es, que sin poder precisar la fecha exacta, pero durante el mes de..., alrededor de las... horas, cuando T. M. M. se encontraba en la parada de colectivos sita en calle... del distrito de..., departamento de..., provincia de Mendoza, se le acercó el imputado a bordo de una motocicleta y le pidió que lo acompañara a la casa de su hermano. Cuando la misma accedió, el sindicado la trasladó hacia una vivienda donde antes funcionaba un taller mecánico ubicado en los alrededores de calle... de la misma localidad.

Seguidamente, el acusado cerró con llave la puerta, se acercó a la denunciante y por la fuerza le quitó su remera, la acostó en un colchón ubicado en el piso y comenzó a besarla, para luego colocarse encima de ella y, contra su voluntad, accederla carnalmente.

Para así decidir, luego de encuadrar el hecho bajo estudio como un caso de violencia de género, el sentenciante consideró que el comportamiento del que da cuenta la pieza acusatoria resultó demostrado a partir de la credibilidad asignada al relato de la víctima, cuyos términos estimó respaldados objetiva y subjetivamente con los restantes elementos de prueba incorporados.

En particular, a través del examen psíquico practicado en dos oportunidades a la víctima (ver fs. 43 y 95), como también, con los testimonios recogidos durante el debate oral.

2. El recurso de casación

El medio impugnativo incoado por la parte defensora ha sido motivado en la norma prevista por el art. 474, inc. 1° y 2° del C.P.P., esto es, la presencia de vicios in iudicando e in procedendo en la resolución atacada.

En primer lugar, atendiendo a los vicios in procedendo, asegura que la resolución en crisis incurrió en una violación de las garantías constitucionales, pues adolece de motivación insuficiente, transformando al acto sentencial en arbitrario.

Manifiesta que esta arbitrariedad se evidencia por el marcado apartamiento del tribunal de mérito de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de prueba relevante; vicio que acarrea su nulidad, conforme lo determina el art. 416 inc. 4° del CPP. A su entender, la sentencia no ha logrado reunir el caudal probatorio necesario para condenar a su pupilo.

Destaca que se ha producido una inversión en la carga probatoria al trasladar indebidamente al imputado la responsabilidad procesal de demostrar su inocencia, tarea que incumbe al órgano titular de la acción penal.

Asimismo, refiere que el tribunal a quo se apartó notoriamente de las circunstancias de la causa y de la prueba producida e incorporada a la causa, cuya correcta valoración permite tener por probado un hecho distinto -y plenamente justificado- al que se tuvo por acreditado en la pieza criticada.

En ese sentido, entiende el recurrente que el informe elaborado por los profesionales del Cuerpo Médico Forense (fs. 43), en el que no se constataron en los dichos de la denunciante signos que evidenciaran un cuadro de estrés post traumático, no fue tenido en consideración, siendo que ese examen fue practicado a la supuesta víctima al poco tiempo de radicarse la denuncia.

Con lo que, a su criterio, esa inexistencia de secuelas emocionales, cognitivas y conductuales propias de quienes se presentan como víctimas de violencia familiar, confirma la ausencia de abuso sexual.

Refiere que la arbitrariedad en la valoración de la prueba también se refleja en la falta de ponderación adecuada de las capturas de pantalla obtenidas de aquellas conversaciones que la denunciante mantuvo con el acusado a través de la red social facebook.

Interpreta que esos diálogos, en los que la joven se refería a la relación sentimental que mantenía con A., avalan la versión del acusado cuando se refirió a las características de ese vínculo, que concluyó por decisión de aquélla.

Concluye el agravio argumentando que, en su opinión, en la sentencia se suprimen situaciones reales en perjuicio de su asistido, y que los conceptos explicados largamente por el sentenciante, si bien son doctrinariamente correctos, no pueden ser utilizados para encuadrar la relación sentimental referida, la que se inició por seducción por parte del imputado o porque ambos la buscaron.

En segundo término, refiere en su libelo recursivo que en la sentencia tampoco se ha acreditado la falta de consentimiento de la denunciante al acceso carnal o, en su caso, de un vicio en el mismo.

De tal modo, concluye, el a quo incurrió en una violación del principio in dubio pro reo, cuya aplicación demanda para la resolución de la situación del acusado. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

El señor Procurador General, en oportunidad de informar acerca del recurso extraordinario interpuesto por la parte recurrente, estima que debe ser rechazado. Ello en tanto, según su opinión, surge del análisis de la resolución atacada que el sentenciante contó con elementos de convicción suficientes para alcanzar la certeza requerida para condenar al encausado.

Respecto al procedimiento de valoración de la prueba, manifiesta que no existen razones para nulificar la sentencia impugnada, pieza que luce debidamente fundada, con una acertada ponderación de los diversos elementos que componen el cuadro probatorio colectado; ello de acuerdo a las características que resultan propias a este género de conductas delictivas.

Manifiesta también que el sentenciante arribó al grado de certeza exigido luego de apreciar la credibilidad del testimonio de la víctima, cuyos términos consideró corroborados con los exámenes psíquicos y psicológicos practicados.

Además, subraya que el a quo valoró los sentimientos puestos en evidencia por la nombrada a la luz de los parámetros de un caso de violencia de género. Refiere que el hecho de que no se hayan advertido con claridad en la víctima signos de estrés post traumático no permite, por sí solo, aseverar que no hubo abuso, máxime si se tiene en cuenta los sentimientos puestos en evidencia por ella, los que fueron desarrollados y explicitados por el juzgador.

A lo que agrega que la interpretación diversa que plantea la defensa acerca de las capturas de pantalla no se condice con las constancias de la causa, de las que emerge que no existió el alegado consentimiento de la víctima para mantener una relación con el acusado, destacando que la pericia psicológica acreditó que la denunciante no mentía, pues no advirtió tendencia a la fabulación o mentira en la denunciante.

En consecuencia, niega que la sentencia adolezca de fundamentación insuficiente, o de una errónea o contradictoria valoración de la prueba incorporada.

Por ello considera que los agravios formales son meras discrepancias defensivas respecto de la interpretación del plexo probatorio, en el legítimo ejercicio de su cargo. Por otra parte, desde el plano de lo que suponen los vicios sustanciales alegados por la parte recurrente, estima que la conducta del acusado se encuentra subsumida bajo la calificación legal correcta, en atención a los fundamentos expuestos al respecto.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones, entiendo que el recurso extraordinario oportunamente interpuesto por la defensa técnica del imputado no puede recibir acogida favorable en esta instancia, por cuanto – en mi opinión –, la sentencia no adolece de los vicios denunciados. Paso a explicarlo.

a. Vicios in procedendo.

Consideraciones en orden a la valoración de la prueba cuestionada por la defensa. A juicio del recurrente, el tribunal de juicio meritó de manera inadecuada el plexo probatorio que acompañó la causa bajo juzgamiento, en una labor valorativa que resulta alejada de los postulados que integran el sistema de la sana crítica racional; vicio que determinaría –según la tesis defensiva– el carácter arbitrario del fallo en crisis y su descalificación como acto jurisdiccional válido a los términos del art. 416, inc. 4° del C.P.P. Sin embargo, estimo que esas afirmaciones no encuentran correlato en el razonamiento que sustenta el pronunciamiento aquí cuestionado, todo lo cual me conduce a su rechazo.

En efecto, considero que la motivación atacada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94, 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

Más bien se aprecia una reedición de agravios en esta etapa recursiva de los argumentos ya expuestos por la defensa anteriormente, los que solventemente fueron respondidas por el tribunal de mérito en la sentencia cuestionada.

Antes de continuar viene al caso recordar que nos encontramos frente a un género de conductas delictivas que cuya comisión se desarrolla –habitualmente– en ámbitos de absoluta privacidad o aislados, por resultar éstos proclives para la consumación delictiva. Este aspecto provoca que sea poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima.

El testimonio de ésta, entonces, adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso ya que con frecuencia tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, tales como lesiones o vestigios de material genético. Dicho en términos más claros, frente a delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima aparece como la prueba dirimente.

Del repaso de los fundamentos que acompañan al fallo, considero que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de sentencia en orden a la determinación de la materialidad ilícita de los hechos objeto de juzgamiento, como la autoría responsable del acusado, han encontrado suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo que a tales efectos fue relevado por el a quo. Las pruebas producidas en el debate, aunadas a las incorporadas al juicio, determinan un plexo probatorio suficiente para otorgar certeza respecto de aquellos dos extremos de la imputación.

Contra lo argüido por la defensa, no se presenta en la sentencia bajo examen ningún déficit de motivación, ni un vicio o defecto en el análisis de ese cuadro probatorio que importe una vulneración a las reglas consagradas en los arts. 206 y 409 del CPP.

Luego de encuadrar el hecho bajo estudio como un caso de violencia de género, el sentenciante consideró –acertadamente– que el relato de la víctima constituía la pieza esencial de la prueba de cargo.

En ese sentido, se valió de los paradigmas interpretativos que surgen de esa tipología de casos para ponderar sus expresiones, concluyendo –correctamente– en la credibilidad de sus dichos. Tras lo cual, y desde allí, edificó la imputación delictiva que encontró respaldo en otros datos de carácter indirecto, principalmente en el informe psíquico y en la pericia psicológica destinadas a evaluar la credibilidad de esos dichos, además de las expresiones efectuadas por otros testigos –allegados a la víctima–, quienes confirmaron sus términos en cuanto a lo que cada uno de ellos les tocó vivenciar.

En esa línea de razonamiento es que deben ser analizados los agravios que propone la defensa, los que resultan aglutinados en dos puntos básicos: por un lado, la indebida valoración del examen psicológico que le fuera practicado a la víctima (fs. 43); y, por otro, la errónea interpretación de los dichos de la víctima y de aquellas expresiones contenidas en las conversaciones que mantuvo con el acusado a través de mensajes en la red social “facebook”.

Tal como lo adelantara, más allá de la técnica recursiva empleada por el censurante para fundar sus puntos de agravios, en la que se abunda de referencias doctrinarias sin la pertinente proyección al caso concreto, debo decir que ninguna de sus críticas altera el silogismo de razonamiento seguido por el a quo para justificar el sentido condenatorio del fallo en cuestión.

(a) Respecto al primer agravio casatorio, considero que acierta el sentenciante cuando, entre otros aspectos, analizó la credibilidad del relato de la víctima a través de su correspondencia con aquellos indicadores de veracidad que fueron detectados por los expertos en la materia que examinaron a la

víctima y emitieron los correspondientes informes psiquiátricos y psicológicos durante la etapa de la investigación penal preparatoria; piezas que resultaron debidamente incorporadas al debate y fueron materia de respectivo contradictorio entre las partes. Uno de esos informes es precisamente aquel al que se refiere específicamente el recurrente.

En tal sentido, vale la pena destacar aquí que en ese examen psicológico, que fuera practicado por la Lic. M. del Cuerpo Médico Forense, se detectó, entre otros aspectos relevantes: «[a]fectividad y juicio crítico conservados [...], nivel intelectual normal-bajo. Bajo nivel socioeconómico y cultural», así como la presencia de un relato «[a]mplio-coherente; detallado en cuanto a lugar, horarios, diálogos y estados subjetivos del posible agresor, con estructura lógica y descripción de interacciones, lo cual le dan características de veracidad. Sin tendencia a la fabulación o mentira; [...] se encuentra angustiada, temerosa por posibles represalias, se siente acosada y amenazada. Sufre pesadillas, recuerdos intrusivos, miedo, asco, rechazo, inquietud ante la presencia del supuesto agresor»; además, «[a]mbivalencia hacia su tío, lo ama y lo rechaza; lo tiene introyectado como figura significativa en el grupo familiar»; para concluir que esas características eran «[...] propias de haber sufrido un hecho de contenido sexual» (fs. 43). Advierto que no tienen recibo las apreciaciones defensivas en cuanto a la supuesta incorrecta ponderación del referido examen, ya que en la pieza sentencial cada uno de aquellos aspectos fue debidamente valorado, dentro de la lógica interpretativa que supone este género de conductas delictivas. Más bien estimo que esa posición crítica sólo se entiende desde una visión interesada y fragmentaria de la prueba, desvinculada del resto del material probatorio que compone el plexo valorado.

Digo esto porque el recurrente pretende desvirtuar el peso convictivo de signo cargoso atribuido por el sentenciante a ese elemento de prueba al postular que en el mismo no se hace mención a la existencia de indicadores que se correspondan con una situación de «estrés postraumático», cuando en verdad, no existe posibilidad alguna de no asociar aquellos sentimientos expresados por la víctima, y detectados por la psicóloga actuante, como emociones y huellas psicológicas cuya causa radica exclusivamente en el ataque sexual sufrido.

Pero a su vez, a más de ello, esa conclusión resulta objetivamente reforzada con la segunda pericia psicológica y psiquiátrica a la que fuera sometida la víctima, cuyo contenido soslaya absolutamente el defensor. En este caso, donde intervinieron el Dr. C. S. –profesional del Cuerpo Médico Forense– y la Dra. M. E. C. –perito de parte (fs. 91)-, además de comprobarse la existencia de indicadores de veracidad en su relato, se describió toda una «[s]intomatología compatible con trastorno por estrés postraumático, de naturaleza crónica de intensidad media» (fs. 95).

Tampoco puede desconocerse que cada uno de esos sentimientos detectados por los profesionales referenciados, también se hicieron visibles al prestar declaración testimonial durante el curso del debate. De la reproducción de las constancias audiovisuales del juicio se observan con claridad ciertos comportamientos exteriores que corroboran los indicadores advertidos por los profesionales intervinientes, y que permiten asegurar –tal como lo realiza el a quo– la vivencia de un hecho especialmente traumático. Así, al detallar las circunstancias modales que asumió el ataque sexual, el relato de la víctima aparece cargado de emotividad, con pasajes de llanto, angustia y dolor.

De esta manera, queda claro que no sólo es errónea la crítica defensiva en cuanto a la falta de valoración de aquel elemento de prueba por el sentenciante, sino que tampoco acierta cuando alega la inexistencia en la víctima de indicadores compatibles con la situación traumática vivenciada.

Ambos aspectos conducen necesariamente al rechazo del agravio propuesto.

(b) Con relación al segundo agravio casatorio, referido a la incorrecta interpretación por parte del a quo acerca de los dichos de la denunciante en sus conversaciones mantenidas con el imputado a través del sistema de mensajería instantánea que provee la red social “facebook”, debo efectuar dos observaciones. En primer lugar, el recurrente no desarrolla siquiera mínimamente este punto de crítica, lo que no aporta un punto de partida para la tarea revisora de este Tribunal.

En segundo lugar, no se observa de qué modo el sentenciante habría apreciado erróneamente esos diálogos; por el contrario, se observa un razonamiento prolijo y acertado por parte del juzgador en los fundamentos del fallo impugnado, a través del que es posible comprender acabadamente la significación de la terminología utilizada por la víctima en esos diálogos.

En efecto, tal como lo refiriera al comienzo de este apartado, el tribunal de grado encuadró el ataque sexual cometido por el imputado contra la víctima, como un caso de violencia de género. Desde allí analizó toda la prueba obrante en la causa, proyectando las características que resultan propias a ese tipo de conductas en el análisis reflexivo efectuado acerca de la cualidad de cada uno de los instrumentos probatorios. Las capturas de mensajes aportadas a la causa, y mediante las cuales la defensa pretende demostrar un cierto tipo de relación entre víctima y victimario a partir de la cual no existiría un abuso sino una relación sexual fruto de una decisión consensuada de ambos, no escapó a la explicación del sentenciante.

Así, luego de referirse extensamente a los postulados que emergen de la legislación convencional y nacional aplicable a la materia –Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y la ley 26.485–, corroboró en el vínculo entre el acusado y la víctima cualidades típicas que presentan los casos de violencia contra la mujer.

De manera acertada el sentenciante enfatizó que el contenido de aquellos mensajes no podía ser interpretado «con un pensamiento lineal», sino que el análisis de las palabras utilizadas por la víctima debía ser contextualizado en el marco de un abuso sexual intrafamiliar, derivado del especial vínculo con el acusado.

Dentro de ese marco contextual, destacó la relación de confianza preexistente entre la joven y el acusado, la asimetría de poder entre ambos y, además, el particular estado de sometimiento en que la víctima se encontraba frente al acusado, al que llegó por las distintas formas de violencias ejercidas por este último. Con lo cual, luego de extender esos conceptos sobre las conversaciones precisadas, dijo que «[e]l análisis de estas violencias, el análisis de este estado de sometimiento nos permite hacer una lectura diferenciada [de esas conversaciones]» y, desde allí, descartó bajo todo punto de vista la existencia de consentimiento de la víctima en relación al hecho atribuido al acusado (conf. audiencia de debate de lectura de fundamentos, min. 44’00).

En definitiva, luego de analizado el discurrir lógico por el que atraviesa la sentencia, comparto con el tribunal de grado que el relato de la víctima, pieza clave y fundamental en este tipo de delitos, permite acreditar los sucesos atribuidos al acusado, porque no sólo luce coherente y verosímil, con persistencia en la incriminación y desprovisto de móviles que sugieran algún tipo de inverosimilitud subjetiva; máxime cuando resultó constatado a través de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo y subjetivo.

En razón de lo expuesto, constato que los argumentos esgrimidos por el recurrente no ponen en evidencia la contradicción de las deducciones o inferencias del tribunal ni, por ende, que sus conclusiones se encuentren reñidas con las reglas de la lógica o de la experiencia común. De esta manera, sólo expresa su

discrepancia con la valoración de la prueba invocada en sustento de lo decidido, la que no basta para descalificar la sentencia como un pronunciamiento judicial válido.

b. Vicios en relación al acceso carnal

En lo que respecta al segundo tramo del planteo defensivo, estimo que el recurrente no logra exponer una argumentación sólida que sustente adecuadamente su agravio.

Si bien cuestiona la inexistencia de certeza probatoria acerca del acceso carnal, como también respecto a la falta de consentimiento por parte de la víctima, no es menos cierto que en relación con ello no hace más que reeditar su perspectiva crítica sobre la valoración de la prueba, sin aportar ningún argumento que permita desvirtuar la sentencia como acto jurisdiccional acorde a derecho.

Más allá de lo expuesto, debe señalarse que, fijada la plataforma fáctica en los términos en que resultó debidamente acreditada en la sentencia, sumado al desarrollo argumental que da cuenta del razonamiento seguido por el a quo en el análisis del tipo penal del abuso sexual agravado con acceso carnal en relación con el comportamiento de T. E. A. en tanto sujeto activo del delito, estimo que no existe elemento que permita sustentar un error en el encuadre jurídico de los hechos juzgados.

En efecto, cada una de las exigencias típicas que resultan de la figura penal seleccionada (art. 119 párr. 3° en función con párr. 1° del CP), se corroboran mediante las constancias de la causa, las que avalan el análisis jurídico criticado. Todo lo cual conduce necesariamente a rechazar el vicio alegado.

Resta decir que la posibilidad esbozada por la defensa de que su asistido sea beneficiado con el art. 2 del CPP. no puede ser acogida, desde que ello no es factible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho; tal como ha sido afirmado antes.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

ASÍ VOTO

Voto Dr. Palermo. Adhiere

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

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

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto a fs. 238/256 por la defensa del acusado T. E. A. G..

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 01 de Agosto de 2019.

29- QUIROGA. 18-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG														
VS	M	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcQPA.pdf

Lex: Art. 119, 4° párrafo, inc. f, art. 119, 2° párrafo en función del párrafo 3°, 55, 12 y 29 inc. 3° del CP; arts. 198, 201 inc. 1°, 240 bis, 255, 367, 368, 415 y concs., 557, 558 del CPP; Ley 26.485; Convención de Belem Do Pará; CEDAW; arts. 8 y 25 CADH.

Vox: NNA. A.S.I.. Abuso sexual gravemente ultrajante. Abuso sexual con acceso carnal. Situación de convivencia preexistente. Concurso real. Abuso sexual infantil (A.S.I.). Transversalidad de la violencia de género. Estándares internacionales en la valoración probatoria. Debida diligencia. Acceso de la justicia. Cámara Gesell. Nulidad absoluta y relativa.

Summa:

El **TPC** de la 3° CJ condenó al señalado a la pena de **9 años de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, todo agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima en número indeterminado de hechos.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Considera que el tribunal de mérito no aplicó la ley procesal al tratar los planteos de nulidad hechos en la audiencia preliminar y en la de debate. Por otro lado, el recurrente entiende que el a quo ha calificado erróneamente el hecho por el que se condenó a su defendido.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 347, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

b-SCJM

- Concha Jesús 20-09-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes 31-07-2018: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

Precedentes relacionados

SCJM

- Zurita Abrego. 11-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200911_FcZAJ.pdf

- Biscontin Tobares. 17-05-21:https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Villegas Giménez. 18-06-19:https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190618_FcVGS.pdf

Parágrafos destacados

“Con lo dicho anteriormente, debe destacarse que el tribunal ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas. En efecto, conforme los estándares internacionales y regionales, G.S.C. es titular de una especial protección por ser niña y por ser mujer. Se trata de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa y que demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que, históricamente, ha sido objeto”.

“En concreto, una situación de vulnerabilidad que imprime a los operadores del derecho el deber de ser diligentes en la investigación, y de adoptar el enfoque de género en el análisis de estos casos. De esta manera, se cumple con la garantía reconocida en el bloque constitucional argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares -arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- (ver causa «F. y Querellante c/Concha Jesús», sentencia leída el 20/09/2018).

Sobre este punto, no puede soslayarse que hecho por el que P.A.Q.S. fue condenado constituye un supuesto de violencia sexual contra la mujer y que, por ello, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de este tipo patrón de conducta”.

“Asimismo, que el hecho ha sido cometido contra una niña y que el reconocimiento de este tipo de hecho conlleva la necesidad de que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -«Belem Do Pará»-, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -«CEDAW»-; como así también, los lineamientos contenidos en la ley 26.485, destinada a la protección integral de las mujeres (ver al respecto, la causa «F. c/Galdeano Reyes», sentencia leída el 31/07/2018)”.

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

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-04570580-8/1((038601-49840)) F. C/ Q. P. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA (49840) (49840/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104653087*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04570580-8/1 caratulada "F. C/ Q. S., P. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA".

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

La defensa del acusado P.A.Q.S., interpone recurso de casación (fs. 298/303) contra la Sentencia N° 347 y sus fundamentos (fs. 278 y vta. y 284/297, respectivamente), provenientes del Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de 9 años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en concurso real con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, todo agravado por la situación de convivencia preexistente con la víctima en número indeterminado de hechos; delitos que se le atribuyen en el marco de los autos N° P-49.840/17 (arts. 119 cuarto párrafo, inc. f, art. 119 segundo párrafo en función del párrafo tercero, arts. 55, 12 y 29 inc. 3° del CP, y arts. 415 y concs., 557, 558 del CPP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

I.- La resolución recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por corroborado el hecho endilgado al acusado en la requisitoria fiscal obrante a fs. 209/223, esto es, que «sin poder precisar fecha exacta, desde el año 2015 hasta el 08 de febrero de 2.018 y en circunstancias en que la menor [G.S.C.] se encontraba en los domicilios sito en calle de ..., Mendoza, y en el ubicado en el Primer Barrio ..., Manzana ... Casade,, Mendoza, su padrastro [P.A.Q.S.], el cual convivió con la víctima, la penetró vaginalmente, la obligó a que le practicara sexo oral, como así también le chupó la vagina, en un número indeterminado de hechos». Para llegar a condenar por los hechos descriptos, el tribunal a quo sostuvo, por un lado, que los planteos de la defensa sobre defectos formales en la producción de la prueba ya habían sido rechazados oportunamente y que había precluido la posibilidad de formularlos, razón por la que no correspondía un nuevo tratamiento (ver fundamentos, fs. 292).

Por otro lado, el tribunal entendió corroborada la plataforma fáctica acusada en virtud del peso probatorio consignado a la declaración de la niña G.S.C.

Respecto de este elemento, analizó el «paulatino» proceso en el que la niña develó los hechos en el seno familiar, en el contexto escolar y luego al declarar en Cámara Gesell (ver fundamentos, fs. 292 vta./293). Los dichos de la víctima, asimismo, fueron valorados a la luz de las precisiones de la Doctora y la Licenciada, quienes coincidieron en sostener que la niña estaba muy afectada emocionalmente, le costaba hablar, estaba retraída y tenía dificultad para pronunciar palabras.

Asimismo, que su relato era lógico, estructurado, coherente, que tenía un engranaje contextual témporo-espacial y que aportaba detalles (ver fundamentos, fs. 294 y vta.).

II.- El recurso de la defensa

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1° y 2° del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo e in iudicando.

Por un lado, considera que el tribunal de mérito no aplicó la ley procesal al tratar los planteos hechos en la audiencia preliminar y en la de debate.

Así, explica que al celebrarse la audiencia preliminar prevista en el art. 368 del CPP, se mencionó que la prueba pericial médica practicada en la investigación no cumplía con lo establecido por el art. 255 del CPP, toda vez que no fue acompañada de las conclusiones requeridas por la ley.

Según aduce la parte recurrente, esta omisión convierte a dicha pericia en prueba nula de nulidad absoluta. En este sentido, la defensa también indica que en el marco de dicha audiencia preliminar solicitó la nulidad de la audiencia de Cámara Gesell celebrada en la investigación, toda vez que el profesional responsable de dicho acto había realizado preguntas sugestivas, capciosas e indicativas, y puesto que nunca se incorporó el informe pericial requerido por la legislación.

Sobre este último aspecto, sostiene que la descripción de los procedimientos o métodos utilizados por el profesional actuante es un presupuesto esencial para que la información utilizada por el tribunal sea calificada. Con lo anterior, el recurrente afirma que, a pesar de que los planteos arriba detallados fueron diferidos por el tribunal a quo para ser tratados en la audiencia de debate, luego, en esta audiencia, la defensa los volvió a formular como «cuestiones preliminares y el tribunal los desestimó por considerarlos extemporáneos.

Por otro lado, el recurrente entiende que el a quo ha calificado erróneamente el hecho por el que se condenó a su defendido. Entiende que el tribunal de sentencia ha llegado a sus conclusiones valorando de modo criticable la declaración de la víctima en Cámara Gesell y los testimonios de los peritos, lo que convierte a la condena de [P.A.Q.] en un acto jurisdiccional arbitrario.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras afirmar la procedencia formal de los planteos formulados por la defensa del acusado, indica que sus pretensiones deben ser rechazadas sustancialmente.

Entiende que si bien el recurrente ha planteado cuestiones relativas a la arbitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación, los agravios defensivos se sintetizan en el descontento con el tratamiento que el tribunal a quo le dio al planteo de nulidad contra el examen médico de fs. 96.

Cita jurisprudencia que entiende pertinente y resalta que el informe elaborado por el personal médico de la causa estuvo a disposición de la defensa para su control durante todo el proceso.

Asimismo, destaca que la defensa pudo interrogar a los profesionales intervinientes en la elaboración de dicho informe y en la audiencia de Cámara Gesell durante la audiencia de debate y no lo hizo. Sostiene que el recurso presentado no muestra qué defensas concretas se vieron impedidas, o cuál es el agravio concreto que habría ocasionado la prueba cuestionada, circunstancia que demuestra que el pedido de la defensa conlleva un planteo de nulidad por la nulidad misma.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a las presentaciones recursivas y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

De manera previa resulta pertinente destacar que, si bien la defensa ha aludido a que su presentación se encuentra fundada en las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal.

Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos. Los dos primeros vicios detallados por el recurrente, que indican una irregularidad en el tratamiento de los planteos formulados en la audiencia preliminar de ofrecimiento de prueba, deben ser rechazados por las siguientes razones.

Del análisis de las constancias de la causa surge, por un lado, que al celebrarse la audiencia preliminar de ofrecimiento de prueba la defensa se opuso a la incorporación del examen médico obrante a fs. 96 y de la transcripción de la audiencia de Cámara Gesell incorporada a fs. 147/157.

De acuerdo con lo constatado, la defensa adujo que el examen fue elaborado sin «los requisitos de forma en tanto no determina la relación entre las lesiones y el hecho que se investiga» y que la audiencia de Cámara Gesell no cumplió «con las previsiones del art. 240 [bis] c), ya que no obra en autos el informe de la entrevista realizada, realiza preguntas indicativas, subjetivas y capciosas» (ver acta de fs. 247 y vta.).

Por otro lado, se desprende que la tarea de la defensa no consistió en criticar el valor o pertinencia probatorio de una audiencia de Cámara Gesell o de un examen médico, sino en atacar la forma en la que éstos elementos de prueba habían sido producidos en el caso concreto, razón por la que los «observaron» y solicitaron su exclusión (ver soporte audio visual acompañado, correspondiente al día 02/08/2018, minutos 07:40 a 20:00).

Asimismo, surge que la magistrada a cargo de la audiencia preliminar entendió que las observaciones hechas por la defensa no podían ser recibidas, toda vez que no tenían entidad para disolver la pertinencia de la prueba.

En tal sentido, la a quo agregó que la defensa no concretó si lo que pretendía era que se analice la nulidad o no de los elementos de prueba rebatidos y que sólo se limitó a oponerse a su incorporación por la forma que habían sido llevados a cabo (ver soporte acompañado, correspondiente al día 02/08/2018, a partir del minuto 24:00).

Finalmente, las constancias de la causa indican que, al celebrarse la primera audiencia de debate, la defensa reeditó los planteos formulados en la audiencia de ofrecimiento de prueba pero, esta vez, haciendo expreso pedido de nulidad de la prueba mencionada. Frente al incidente generado, el tribunal de juicio consideró que debía ser rechazado formalmente por ser extemporáneo e improcedente (ver acta de fs. 259 y vta.).

Ahora bien, respecto del punto de crítica analizado debe advertirse preliminarmente que, contrariamente a lo sugerido por el recurrente, el tribunal interviniente en la audiencia de ofrecimiento de prueba no difirió el tratamiento de los planteos defensivos a la sustanciación de la audiencia de debate para, de esa manera, desestimarlos por extemporáneos. Al contrario, resolvió la oposición formulada por la defensa en el mismo instante en la que fue invocada. Por ello, lo que importa en esta instancia es determinar si el tribunal rechazó adecuadamente los planteos de la defensa. En este sentido, entiendo que la solución adoptada ha sido correcta.

En efecto, tal como lo destacara el a quo, se advierte que la motivación de la defensa no fue apropiada para demostrar la impertinencia o la superabundancia de la prueba ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal. Ello, puesto que sus argumentos no aludieron a la incapacidad de la prueba de cargo para demostrar aspectos de la plataforma fáctica acusada, o al exceso de elementos de convicción sobre un mismo dato de la acusación, sino que se refirieron a supuestas irregularidades en la producción de la prueba. Esto, debió motivar un planteo de nulidad por parte de la defensa y no uno de oposición (ver arts. 367/368 del CPP).

Con lo dicho, también debe señalarse que el rechazo de los planteos de nulidad, formulados por la defensa en la primera audiencia de debate, ha sido adecuado. En efecto, las irregularidades criticadas por la defensa -respecto del modo en el que se incorporaron el examen médico de fs. 96 y la transcripción de la audiencia de Cámara Gesell obrante a fs. 147/157- no podían ser tratadas en la instancia de debate.

Respecto de las críticas a la declaración testimonial recibida en audiencia de Cámara Gesell, debe recordarse que la regla procesal sostiene que los actos serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones que han sido prescritas expresamente bajo pena de nulidad (ver art. 197 del CPP).

Con ello, debe destacarse que la incorporación de un informe con las conclusiones del profesional interviniente en la audiencia de Cámara Gesell no se encuentra conminada en el CPP con sanción de nulidad, ni de modo específico (ver art. 240 bis inc. c), ni de modo genérico. Esto último, toda vez que no repercute en la intervención, inasistencia o representación del imputado (ver art. 198).

Por ello, al no preverse en el código de forma sanción alguna frente a la falta de conclusiones del profesional interviniente en las audiencias de Cámara Gesell, no existían razones para tratar el planteo de nulidad. Al respecto de la crítica defensiva al modo en el que fue incorporado el examen médico practicado a la víctima, concuerdo con el tribunal a quo en el sentido de que el planteo ha sido extemporáneo. Sobre este punto no puede soslayarse que, según prevé el código de rito, sólo son nulidades absolutas -y, consecuentemente, pueden plantearse en cualquier etapa del proceso o ser declaradas de oficio- las nulidades mencionadas en los incisos 1, 2 y 3 del art. 198 y aquellas nulidades que específicamente así se identifiquen en la ley, siempre que impliquen una violación a normas constitucionales (art. 199 del CPP).

Dicho de otro modo, todas las nulidades son relativas a excepción de dichos casos. Ahora bien, según advierto, la formalidad que el recurrente entiende vulnerada no se encuentra conminada de modo específico con la sanción de nulidad absoluta (ver art. 255 inc. 3 del CPP).

Asimismo, advierto que dicha formalidad tampoco puede ser entendida como una formalidad conminada de modo genérico con nulidad absoluta, puesto que no repercute en la intervención, representación y asistencia del imputado (ver art. 198 del CPP).

Por ello, la incorporación de las conclusiones que formulen los peritos en sus dictámenes debe ser entendida como un requisito amparado por una sanción de nulidad relativa. A efectos de determinar la oportunidad de su planteo, entonces, puede afirmarse junto con el tribunal a quo que el pedido de la defensa ha sido extemporáneo, toda vez que a la fecha de la primera audiencia de debate ya habían caducado las posibilidades de interponer nulidades relativas producidas en la investigación penal preparatoria (ver art. 201 inc. 1 del CPP).

En otro orden de ideas, respecto del agravio defensivo que indica que el tribunal ha valorado erróneamente la prueba incorporada y, de ese modo, no ha calificado adecuadamente los hechos, debe decirse que el recurrente sólo ha hecho una alusión genérica de la presunta arbitrariedad de la sentencia y no ha dado ningún tipo de precisión capaz de explicar de qué modo los elementos incorporados al

proceso propiciaban un encuadre diferente de los hechos, circunstancias que estimo suficientes para desestimar la crítica.

Finalmente, a modo de conclusión, no puede dejar de valorarse que tampoco se advierten en la sentencia recurrida vicios u omisiones capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido.

En efecto, para tener por acreditada la plataforma fáctica acusada, el tribunal valoró las declaraciones del imputado, de la madre y la abuela de la niña, de la Médica ginecóloga y de la Licenciada en psicología Asimismo, valoró la declaración de M. S., directora del establecimiento educativo al que acudía G.S.C. al tiempo de los hechos y denunciante en la causa, las precisiones de la Doctora S. -que dio cuenta del examen físico practicado a G.S.C.-, los testimonios de las profesionales de la Dirección de Orientación y apoyo Interdisciplinario a las Estrategias Escolares -que se entrevistaron con la niña en el establecimiento educativo- y el testimonio de su maestra, E. R.. Además, consideró las declaraciones de la Doctora C. y la Licenciada M., quienes intervinieron en la evaluación psíquica de G.S.C., y el testimonio de la Licenciada J., encargada de entrevistar a la niña en la audiencia de Cámara Gesell, (ver fundamentos, fs. 282/292). Sobre este último elemento, debe destacarse que la defensa no ha dado ningún tipo de argumento capaz de aclarar por qué considera que las preguntas realizadas han sido capciosas, sugestivas o indicativas, razón por la que deben rechazarse las consideraciones críticas al respecto. El tribunal de juicio también valoró el testimonio de G.S.C. y, a fin de medir la credibilidad de la declaración, explicó detalladamente y con apoyo en los elementos de prueba rendidos en el debate cómo el caso de G.S.C. cumplía con las diversas etapas que la doctrina especializada diferencia en casos de abuso (ver fundamentos, fs. 293/294 vta.).

Con lo dicho anteriormente, debe destacarse que el tribunal ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas. En efecto, conforme los estándares internacionales y regionales, G.S.C. es titular de una especial protección por ser niña y por ser mujer. Se trata de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa y que demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que, históricamente, ha sido objeto.

En concreto, una situación de vulnerabilidad que imprime a los operadores del derecho el deber de ser diligentes en la investigación, y de adoptar el enfoque de género en el análisis de estos casos. De esta manera, se cumple con la garantía reconocida en el bloque constitucional argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares -arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- (ver causa «F. y Querellante c/Concha Jesús», sentencia leída el 20/09/2018). Sobre este punto, no puede soslayarse que hecho por el que P.A.Q.S. fue condenado constituye un supuesto de violencia sexual contra la mujer y que, por ello, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de este tipo patrón de conducta.

Asimismo, que el hecho ha sido cometido contra una niña y que el reconocimiento de este tipo de hecho conlleva la necesidad de que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -«Belem Do Pará»-, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -«CEDAW»-; como así también, los lineamientos contenidos en la ley 26.485, destinada a la protección integral de las mujeres (ver al respecto, la causa «F. c/Galdeano Reyes», sentencia leída el 31/07/2018).

Este criterio es el que, acertadamente, ha seguido el tribunal de juicio al momento de la ponderación de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa. Según entiendo, no es posible concebir un

derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos. Caso especial se presenta en la violencia contra la mujer, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia a su testimonio.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental (ver Corte IDH, caso «Fernández Ortega y otros. vs. México», sentencia del 30/08/2010, serie “C” N° 215 y caso «Rosendo Cantú y otra Vs. México», sentencia de 31/08/ 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente). El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que investigado resulta incuestionable, no solamente porque resultan sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y, por lo tanto, no se puede esperar en todos los casos la existencia de pruebas gráficas o documentales (Corte IDH, Caso «Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 31/08/ 2010, párr. 89). Es por esto que el art. 16, inc. i de la ley 26.485 dispone que se debe garantizar a la mujer «[...] la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos».

En definitiva, considero que en la presente causa se ha dado cumplimiento a la diversa normativa nacional e internacional en materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva al hecho cometido (art. 16, inc. b de la ley 26.485).

En conclusión, la Sentencia N° 347 y sus fundamentos, provenientes del Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, no contienen vicios pasibles de ser subsanados en esta instancia recursiva. Según se ha demostrado, los elementos de prueba criticados por la defensa en la audiencia de ofrecimiento de prueba han sido celebrados de forma regular y no han significado ningún tipo de vulneración para las garantías del acusado.

Asimismo, la sentencia analizada no contiene ningún indicio de arbitrariedad en la valoración de la prueba y en la calificación de los hechos constatados, y ha dado cumplimiento a los lineamientos vigentes en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para el abordaje de casos de violencia cometidos contra mujeres.

Por todo lo dicho, y en consonancia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde responder negativamente a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo y Dr. Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.
Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 298/303 por la defensa de P.A.Q.S., en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 347 y sus fundamentos provenientes del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, obrantes a fs. 278 y vta. y fs. 284/297.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

30- RUIZ ROJAS. 09-08-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190809_FcRRC.pdf

Lex: Art. 119, 3º párrafo del CP

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Valoración de testimoniales.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años de prisión** como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** considera que la sentencia atacada no adolece de los vicios pretendidos por lo que propicia el rechazo del recurso intentado.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 232 pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Aguilera Tomás. 01-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190801_FcATE.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes-31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

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

(G.S.)

Fallo.

13-04574576-1/1(018601-99365) FC/ R. R. C. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (99365) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104657285*

En Mendoza, a los nueve días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04574576-1/1 caratulada “F. C/ R. R., C. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN”.

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

La defensa de C. A. R. R. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 232 que lo condenó a la pena de ocho años de prisión, como autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 en los autos N° P-99365/16.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal en lo pertinente para la resolución del recurso ha tenido por acreditado el hecho detallado en la requisitoria fiscal de fs. 291/295, que da cuenta que «en el mes de enero de 2016 en día y hora indeterminada, C. A. R. R. se constituyó en el domicilio sito en barrio ..., manzana ..., casa ... de ..., y aprovechando la ausencia de la madre de la menor víctima [...] ingresó a la vivienda, le tapó la boca y le exigió que callara bajo amenazas de hacerle daño a sus hermanas.

Seguidamente R. R. llevó a la menor hasta su habitación y le quitó la ropa, la arrojó a la cama y la accedió carnalmente, penetrándola por vía vaginal, a pesar de la resistencia de la menor [...].

En una segunda ocasión, durante el mes de enero de 2016, en fecha y hora indeterminada, el imputado trasladó a la víctima a su domicilio en el barrio manzana casa ... de y aprovechando la circunstancia de encontrarse solos en la vivienda, la llevó al baño, le tapó la boca, le bajó el pantalón y la accedió carnalmente vía vaginal a pesar de la resistencia de la víctima».

Para así decidir, el tribunal valoró, entre otros elementos, las declaraciones de G. N. R. G., de C. N. R., de M. R. R., así como los informes y testimonios de los profesionales actuantes A. R., M. F. y R. V., los que le permitieron concluir con certeza respecto de la existencia del hecho y la autoría de R. R.s en el mismo.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación se articula en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la sentencia adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

En este sentido denuncia falta de fundamentación, tanto ello es así que entiende que ni siquiera se ha podido acreditar la fecha en la que se cometieron los supuestos abusos.

Dirige su embate recursivo respecto de la valoración de las testimoniales de G. N. G., de C. N. R. (madre de la niña), de M. R. R. (madre del imputado) y de su pareja M. B. L., así como las de las Licenciadas A. R. y M. F. y del Licenciado R. V..

A la vez que cuestiona la valoración del testimonio de la víctima prestada en Cámara Gesell y sostiene que no resulta concordante con la testimonial de la madre de la víctima y de G. G., tal como sostiene el juzgador en la sentencia.

En esa misma dirección se agravia por omisión de valoración de la declaración de las licenciadas M. y H. y concluye su presentación afirmando que los problemas de conducta que presenta la niña no obedecen al supuesto abuso sexual sino a la falta de contención familiar, aspecto que no ha sido considerado por el tribunal sentenciante. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 403/405, el Procurador contesta la vista de ley y considera que la sentencia atacada no adolece de los vicios pretendidos por lo que propicia el rechazo del recurso intentado.

En este orden considera que el tribunal valoró las pruebas e indicios bajo las reglas de la sana crítica racional por lo que aprecia que la queja resulta infundada.

En particular expresa que discordancias denunciadas por la defensa, no advierte cuáles pueden ser y si bien el recurrente los enuncia, no los puntualiza, falencia que obsta a la tarea de contralor requerida en la impugnación.

Finalmente considera que la motivación del fallo es correcta y aclara que la valoración de la prueba e indicios en este tipo de delitos sexuales, que se dan en el ámbito de la intimidad, con poca probabilidad de que sean percibidos por testigos directos, requieren una valoración con mayor amplitud probatoria. Por ello concluye afirmando que se ha logrado la certeza que requiere la sentencia condenatoria con lo cual no advierte arbitrariedad alguna que conduzca a la anulación del fallo impugnado.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Efectuando un repaso de la crítica realizada por el recurrente, advierto que su esencia se orienta a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el juzgador. Así, el planteo formulado por la defensa remite a la tarea de valoración llevada a cabo por el sentenciante. En estos supuestos, según entiendo, la competencia del tribunal radica en controlar:

- a)** que la motivación de la sentencia del juez de mérito corresponda o constituya una derivación razonada del derecho vigente con relación a las circunstancias reales y comprobadas de la causa;
- b)** la validez de las pruebas de que se sirve el sentenciante;
- c)** la omisión en la consideración de alguna prueba decisiva que hubiera sido legalmente incorporada a la causa y cuya apreciación conduzca a variar el sentido de la decisión final;
- d)** que sus conclusiones respondan a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional, esto es, del recto entendimiento humano, acorde a los principios de la lógica, de la psicología y del sentido común.

4.1.- Existencia material del hecho objeto del proceso y autoría del imputado

Proyectados aquellos aspectos sobre los agravios enumerados por el impugnante, en lo que hace a la vulneración por el acto sentencial de preceptos constitucionales, a saber, el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y la presunción de inocencia, éstos no pueden ser acogidos en esta instancia, por cuanto no se avizora afectación alguna.

Por el contrario, las conclusiones vertidas por el juzgador se sustentan en fundamentos serios y atendibles, siendo fruto de un razonamiento coherente que las justifica, lo que permite descartar de plano la arbitrariedad denunciada.

A mi modo de ver, la crítica enderezada a demostrar la falta de derivación razonada de la sentencia respecto de los elementos de prueba, pretendiendo sustentar su afirmación en una supuesta violación a los principios de la sana crítica racional, tampoco puede prosperar puesto que no precisa de qué modo el a quo ha incurrido en vicios de arbitrariedad en la motivación de la pieza cuestionada, sino que sólo efectúa una mera evocación, pretendiendo hacer valer la estrategia defensiva consistente en desvincular al imputado de la causación de los hechos intimados, propósito que no es logrado.

Además, de la simple lectura de los fundamentos de la sentencia cuestionada, con miras a verificar si los mismos resultan contradictorios o insuficientes, fruto de una ponderación errónea o ilegal de la prueba, especialmente si existe una contradicción entre las circunstancias de la causa y el dictum atacado, como una parcialización en la valoración de la prueba testimonial rendida en autos, la respuesta negativa a estas cuestiones permite justificar la solución que propicio.

Al respecto, debe decirse que el recurso carece de argumentos suficientes como para destruir los fundamentos con los que el a quo tuvo por corroborado el objeto de conocimiento y justificó la calificación impuesta a los hechos. Paso a explicarlo.

Tal y como lo expusiera el juzgador, sobre la materialidad de los hechos y la autoría del acusado, existieron dos versiones antagónicas, emergentes de los dichos del acusado y de la víctima, ante lo cual, a mi modo de ver, de forma acertada y fundada, el tribunal de sentencia se inclinó favorablemente sobre esta última, valorando no sólo la consistencia intrínseca de su relato, sino su comprobación a través de los restantes elementos de prueba debidamente incorporados.

En esta dirección el tribunal de juicio reconoció un alto valor probatorio tanto al testimonio de la víctima como al de su progenitora, luego de analizar pormenorizadamente los relatos, enmarcar sus expresiones bajo las premisas que supone un caso de agresión sexual contra una niña dentro del ámbito familiar y contrastar sus dichos con el restante material probatorio que integró el plexo a merituar.

Todo lo cual le valió de suficiente argumento como para concluir que en él se encuentra la verdadera versión de los hechos, en tanto reúne características tales que le otorgan plena credibilidad.

Sobre este punto, debe recordarse que la naturaleza de los hechos investigados impone la necesidad de analizar el testimonio de la víctima con determinados recaudos, ya que en delitos de carácter sexual, como el de autos, su declaración puede ser la única prueba del delito, atento a la clandestinidad en la que se ejecutan los hechos.

Esta particularidad determina que en dichos casos resulte imposible exigir pluralidad de pruebas de referencia directa con el hecho ilícito, pero sí debe existir un mínimo de corroboración, aspecto que se verifica claramente en los fundamentos cuestionados.

De allí que el relato que realice quien ha sufrido tales comportamientos se convierta en uno de los principales medios de prueba para comprobar su existencia material y sustentar una posible sanción penal.

Es que la comprobación de los extremos de la imputación delictiva depende, en un altísimo porcentaje, de la autenticidad y veracidad que se le reconozca a la versión aportada por la víctima. En esta línea de razonamiento, el tribunal de sentencia analizó toda la prueba obrante en la causa, proyectando las características que resultan propias de ese tipo de conductas en el análisis de la cualidad de cada uno de los instrumentos probatorios (**ver al respecto, la causa “Fiscal c/Aguilera Tomás”, sentencia leída el 1 de agosto de 2019**).

Así quedó descartado que la niña haya inventado los hechos denunciados, para lo cual el tribunal se apoyó, respecto de la credibilidad conferida al testimonio de la víctima, en los siguientes elementos probatorios:

a.- Evaluación realizada por las Licenciadas A. R. y M. F., del EPAASI (fs. 93).

En dicho informe las profesionales expresaron que la niña desarrolló un relato creíble respecto a la vivencia relatada, sin presentar tendencia a fabular o indicios de mitomanía.

Estas conclusiones resultaron ampliadas oralmente, al tiempo de su testimonial en el debate, oportunidad en la que añadieron que, al momento de ser evaluada, la víctima describió detalladamente el escenario concreto y preciso de los hechos, y que los problemas de conducta de la niña, tenían consistencia con el hechos investigados. Su evaluación, en la que se informó la ausencia de contenido fabulador en la joven, se yergue como un elemento más a tener en cuenta para echar por tierra la hipótesis sostenida por la defensa.

b.- Informe de la Licenciada M. y la Dra. H. de fs. 246.

Ambas profesionales concluyeron que los rasgos de personalidad de R. R., pueden proyectarse en el área de la sexualidad y tener conductas desajustadas. Coincidió en este punto con lo expresado por el Procurador, cuando sostiene que el informe psicológico es claro al afirmar que los rasgos de personalidad del acusado marcan su proclividad a incurrir en situaciones como las descritas por la víctima; y que, si bien puede tener capacidad para controlar impulsos desajustados, no significa que lo haga, y si no los controla ello no hace otra cosa que agravar su responsabilidad en tanto posee plena conciencia de sus acciones.

c.- Declaración testimonial de C. N. R..

La defensa cuestiona insistentemente el valor cargoso asignado por el tribunal de la instancia inferior al testimonio de la progenitora de la víctima.

Si bien la defensa refiere ciertas contradicciones, lo cierto es que el testimonio de R. permite situar al imputado en el lugar del hecho, constatar el espacio temporal del hecho, y especialmente, la dinámica del suceso, lo que resulta central como apoyo probatorio objetivo.

En los fundamentos se analizó la verosimilitud de su relato, que resultó concordante con el de la niña y coincidente en lo nuclear con la declaración de G. N. R. G. de la OAL.

En definitiva nos encontramos ante un cuadro probatorio suficientemente amplio para fundar de modo suficiente y motivado el pronunciamiento condenatorio, dando por cierta la plataforma acusatoria respecto de la materialidad del hecho y la autoría culpable del acusado.

Se advierte que los recurrentes cuestionan la sentencia condenatoria argumentando que los cambios en el comportamiento de la niña no se fundan en el supuesto abuso, sino en la falta de contención familiar de la niña, o bien indican que el tribunal no hizo referencia a la vida laboral del imputado, como a las declaraciones de las licenciadas R. y M. F..

Entiendo que estos extremos poseen un significado diverso al pretendido por los recurrentes, y es que el tema relativo al consumo de drogas o el incidente en el que se vio involucrada la víctima en un colectivo son hechos posteriores al aquí investigado, y conforme surge de su declaración en Cámara Gesell, son consecuencia del estado emocional en que se encontraba por haber sido víctima de abuso.

En este sentido, debe destacarse que los recurrentes seleccionan fraccionadamente la prueba sin cohesionarla con el restante material probatorio, por lo que resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio incorporado o que esgrime un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquel.

Por ello, estimo que la apreciación de la defensa relativa a la inversión temporal de los hechos acontecidos carece de la decisividad o relevancia que se pretende, pues, como lo afirma el Procurador en su dictamen,

la confusión «no es algo fuera de lo común, en menores que han sufrido violencia sexual, y que después de bastante tiempo se animan a contar lo que les pasó.

La declaración de la menor es clara en tanto sostuvo que no se acordaba cuáles eran las fechas, y que las ubicaba por el mes de enero, y respecto del hecho que sucedió después del cumpleaños de la pareja del imputado que no se acordaba la fecha, que hacía calor, pero que no había calculado en qué fecha pudo haber sido, lo que es demostrativo de la espontaneidad del relato, la falta de animosidad y la inexistencia de algún interés en dañar al imputado».

En definitiva, no existe otra posibilidad desde la lógica, la experiencia y el sentido común, que razonar en el mismo sentido que lo hiciera el tribunal en la sentencia. Sólo la versión de los hechos dada por la víctima goza de autenticidad, coherencia y respaldo probatorio.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Adhiere

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

Voto. Dra. Adaro. Ampliatorio

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EN VOTO AMPLIATORIO, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Si bien concuerdo con los fundamentos del voto que me antecede, en este caso entiendo importante destacar que el tribunal de sentencia ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas.

En efecto, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima del delito investigado en esta causa es titular de una especial protección por ser niña y por ser mujer. Se trata de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa y que demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que, históricamente, ha sido objeto.

En concreto, una situación de vulnerabilidad que imprime a los operadores del derecho el deber de ser diligentes en la investigación, y de adoptar el enfoque de género en el análisis de estos casos. De esta manera, se cumple con la garantía reconocida en el bloque constitucional argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares -arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- (**ver causa «F. y Querellante c/Concha Jesús», sentencia leída el 20/09/2018**).

Sobre este punto no puede soslayarse, que el hecho por el que el acusado fue condenado constituye un supuesto de violencia sexual contra la mujer y que, por ello, se impone el deber de diligencia por parte del Estado en la prevención, erradicación y sanción de este tipo patrón de conducta.

Asimismo, que el hecho ha sido cometido contra una niña y que el reconocimiento de este tipo de hecho conlleva la necesidad de que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -«Belem Do Pará»-, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -«CEDAW»-; como así también, los lineamientos contenidos en la ley 26.485, destinada a la protección integral de las mujeres (ver al respecto, la causa «F. c/Galdeano Reyes», sentencia leída el 31/07/2018).

Este criterio es el que, acertadamente, ha seguido el tribunal de juicio al momento de la ponderación de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa. Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos.

Caso especial se presenta en la violencia contra la mujer, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia a su testimonio.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental (**ver Corte IDH, caso «Fernández Ortega y otros. vs. México», sentencia del 30/08/2010, serie “C” N° 215 y caso «Rosendo Cantú y otra Vs. México», sentencia de 31/08/ 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente**). El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el investigado resulta incuestionable, no solamente porque resultan sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y, por lo tanto, no se puede esperar en todos los casos la existencia de pruebas gráficas o documentales (**Corte IDH, Caso «Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 31/08/ 2010, párr. 89**).

Es por esto que el art. 16, inc. i de la ley 26.485 dispone que se debe garantizar a la mujer «[...] la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos».

En definitiva, considero que en la presente causa se ha dado cumplimiento a la diversa normativa nacional e internacional en materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva al hecho cometido (art. 16, inc. b de la ley 26.485).

En conclusión, la Sentencia N° 232 y sus fundamentos, provenientes del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, no contienen vicios pasibles de ser subsanados en esta instancia recursiva.

ASÍ VOTO.

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 388/393 por la defensa de C. A. R. R..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

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

31- GALLARDO LOPEZ. 14-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc	NNA	-	PCE IA	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcGLP.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, en función del 4° párrafo letras b) y f), 12 y 29 inc. 3 del CP y 408, 409, 411, 415 y cc. del CPP. CDN. Convención Belém Do Pará.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo. Convivencia.

Summa:

El TPC condenó a la pena de **diez años de prisión e inhabilitación absoluta** por el mismo tiempo de la condena, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por ser cometido contra una persona menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima (arts. 119 tercer párrafo, en función del cuarto párrafo letras b) y f), 12 y 29 inc. 3 del CP y 408, 409, 411, 415 y cc. del CPP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 401, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Basualdo, Marcos. 05-07-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1NDM=&t=abla=c2M=>

La calificación jurídica correcta que se le debe imponer a la conducta del imputado por el abuso sexual con prácticas de sexo oral contra una menor, es la de abuso sexual con acceso carnal, ya que la denominada "fellatio in ore" reúne los requisitos típicos previstos normativamente en el art. 119 tercer párrafo del CP. En efecto, dicha solución resulta más ajustada a las exigencias legales, especialmente después de la reforma introducida mediante ley 25.087, donde establece que la conducta debe ser tipificada como "acceso carnal" cualquiera sea la vía en que se consuma, resultando comprensiva dicha fellatio in ore.

- López Rojas
- Saldívar, Rodolfo
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c- CIDH

- Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 25-11-00.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf
Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia 31-01-06. Serie C N° 70, párr.201.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04760991-1/1((018602-14684)) F. C/ G. L.P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAV. (14684) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104838878*

En Mendoza, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04760991-1/1 caratulada “F. C/ G. L., A. S. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAV. (...) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”. De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. MARIO D. ADARO, segundo Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa de A. S. G. L. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria N° 401 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en los autos N° P-14.684/18, por cuanto condenó a su representado a la pena de diez años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y por ser cometido contra una persona menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente con la víctima (arts. 119 tercer párrafo, en función del cuarto párrafo letras b) y f), 12 y 29 inc. 3 del CP y 408, 409, 411, 415 y cc. del CPP). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

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

1.- Sentencia recurrida

La sentencia puesta en crisis, en lo pertinente para la solución del presente recurso, estableció que «surge de autos que en fecha y hora no precisada pero desde que la menor [J.E.G.] – nacida el 26/12/2007– tenía 7 años de edad y hasta aproximadamente sus 10 años, en circunstancias en las que convivía con su progenitor, el ahora imputado A. S. G. L., en el domicilio sito en el ..., este último le realizó a su hija actos de tocamientos, sujetándola contra la puerta de su habitación y pasando su pene contra la zona genital de la niña, repitiendo tal accionar cada vez que la menor le pedía algo, ocasiones en las que el justiciable le exigía a su hija tales actos como forma de pago ante los requerimientos de la misma. Asimismo, durante el transcurso del mismo período temporal señalado, como así también durante la convivencia que el incuso mantuvo con su hija menor de edad en el mismo domicilio del ..., A. G. L. introdujo su pene en la boca de la menor [J.E.G.], obligando a su hija de este modo a practicarle sexo oral, advirtiéndole a la niña que si decía algo la iba a llevar a un lugar e iba a decir que todo era mentira; repitiéndose tales situaciones en varias oportunidades y hasta diciembre del año 2017, fecha en que la menor dejó de convivir con su padre» (fs. 393 vta.).

Para tener por acreditado el hecho y la autoría del imputado, la jueza tomó en consideración – principalmente–, los testimonios de E.M.V.T.T., madre de la víctima; del Dr. A. A. y la Lic. M. F., profesionales del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales; de los Dres. M. B. y J. P. y la Lic. S. M. M., profesionales del Cuerpo Médico-Forense; de la Lic. M. R. C., profesional del Programa Provincial de Maltrato Infantil; del Lic. G. M., perito de parte; de E.M.G., pareja del acusado al momento del debate; además de la declaración prestada por la niña víctima en Cámara Gesell mediante incorporación por lectura. También tomó en consideración las actuaciones N° P-15.244/15, P81.864/15, P-108.952/15, P-

81.835, P-15.577/16, P-11.232/18, P-12.084/18, P-127.361/13, P152.847/12, P-116.500/12, P-61.793/10, P-2.383/17 y el legajo N° 37.829.

2.- Recurso de casación

La defensa de A. S. G. L. formula recurso extraordinario de casación contra la sentencia individualizada, con fundamento en ambos supuestos del art. 474 del CPP, es decir, por considerar que adolece tanto de vicios in iudicando, como in procedendo. Luego de aludir a la procedencia del remedio procesal interpuesto, expresa los siguientes vicios.

a. Vicio in procedendo

En cuanto a los vicios de procedimiento, sostiene que la fundamentación de la sentencia es arbitraria por cuanto no ha aplicado las reglas de la sana crítica racional a la prueba seleccionada. En este sentido, considera que el análisis de la prueba efectuado por parte del tribunal de sentencia es sesgado y parcial, por lo que arriba a una conclusión errada y gravosa para el imputado, pues una correcta valoración de la prueba arroja como resultado un estado de duda insuperable.

Por una parte, afirma que el tribunal sólo toma como gravitante el relato de la niña, sin contraste con otra prueba fundamental como la pericia psicológica del imputado, que determina que no padece ninguna alteración en la esfera sexual de su psiquis. Por otra, considera que no se ponderaron correctamente las afirmaciones de la licenciada M., quien sostuvo que de existir un hecho de abuso sexual por parte del imputado durante un tiempo prolongado o de forma reiterada, hubiese sido detectado por ella al momento de aplicar las técnicas de abordaje.

Por último, refiere que el estado de duda al que se arriba a partir de un adecuado mérito de la prueba se ve reforzado a la luz del marco de conflicto intrafamiliar histórico que rodea la denuncia que originó este proceso.

b. Vicio in iudicando La defensa afirma que el tribunal ha subsumido erróneamente el hecho tenido por probado en el derecho aplicable. Sostiene que se tuvo por acreditado, a partir de las declaraciones de la menor según las cuales el acusado «ponía el pito en su boca», «me hacía que le besara su parte íntima» y «ponía su parte interior en mi parte interior», la existencia de un acceso carnal, mientras que la correcta subsunción es la de abuso sexual gravemente ultrajante agravado.

Ello por cuanto, por un lado, el tribunal de instancia previa reconoció la falta de evidencias físicas de acceso carnal por vía anal y, por otro, la niña en dos momentos distintos del proceso aludió a que el imputado le puso el pene en la boca y la obligó a besarlo. La correcta interpretación del hecho, a su modo de ver, sería la de abuso sexual gravemente ultrajante, mientras que el tribunal ha aplicado una más gravosa sin que existan pruebas de un acceso carnal. Aclara que no se ha fundamentado en la sentencia que la incompletitud de un acceso carnal por vía anal fuera por razones ajenas al acusado y no por un desistimiento voluntario o su intención de tener un mero contacto de su pene con la zona anal de la menor sin intención de accederla. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que el recurso de la defensa procede formalmente, aunque debe ser rechazado en el fondo. En este sentido, afirma que la sentencia da cuenta de un análisis de la totalidad del plexo probatorio, que le permitió arribar a la certeza de la existencia material de los hechos y de la autoría del acusado.

Refiere que los casos de abuso sexual suceden generalmente en un ámbito de intimidad, fuera de la observación de terceros, por lo que la valoración probatoria es más amplia y cobra un valor esencial el testimonio de la víctima, así como los informes psicológicos-psiquiátricos. En este sentido, la sentenciante valoró los dichos de la niña, considerando que su relato era creíble y mantenido en el tiempo. Asevera

que no puede perderse de vista que la víctima tenía entre siete y nueve años y que, aún así, pudo aportar detalles como la modalidad de ejecución de los hechos, el lugar en que se llevaron a cabo los abusos o los requerimientos que le hacía el autor, todo en un relato claro y preciso.

A lo relatado por la menor de edad en Cámara Gesell se suma la exposición previa que hizo ante los profesionales del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales, por la que se concluyó que en todo momento su relato fue invariable, y efectuó aportes de verbalizaciones y circunstancias de los hechos, acompañadas de sentimientos de vergüenza, inhibición, malestar interno y angustia, coherentes con el contenido de sus dichos. Por otra parte, también el perito de control sostuvo que el relato de la víctima guardaba criterios de credibilidad. A criterio del Procurador General, la pretensión defensiva de echar por tierra esas manifestaciones de la víctima con el resultado del examen practicado al imputado no es posible, máxime si se considera que el profesional que la realizó, en el debate, dejó aclarado que no siempre se trataba de una patología –el abuso a la niña– y que igualmente podía haber algún tipo de conflicto en dicha área –por la sexual–, relativizando sus conclusiones. Por estos motivos, considera que deben rechazarse los vicios relativos a la valoración de la prueba. En cuanto a los vicios in iudicando, afirma que la sentencia está sólidamente fundada, pues cuando la niña expresó que «ponía su pito en mi boca», «me hacía que le besara su parte íntima» y «me ponía su parte interior en mi parte interior», hace referencia al «pito» y su «poto», y agrega la existencia de dolor en este último. Así, concluye que no caben dudas de que existió acceso carnal, en el primer caso por la introducción del pene en la boca de la niña; y, en el segundo, un acceso carnal en la modalidad de coito imperfecto. A su entender, la defensa tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios de cargo para establecer una duda respecto de la existencia material de los hechos que, contrariamente a lo pretendido, se encuentran acreditados y correctamente subsumidos en la calificación legal.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Adaro. Preopinante.

Puesta a resolver la cuestión en tratamiento, corresponde adelantar que –a mi entender– el recurso de casación planteado por la defensa debe ser rechazado y, la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, confirmada. Ello, en base a los argumentos que a continuación expondré.

A los efectos de brindar una adecuada fundamentación a la conclusión adelantada, y sin perjuicio del orden seguido por el recurrente en su expresión de agravios, me ocuparé en primer lugar del tratamiento de los vicios in procedendo, pues de ellos depende la suerte del vicio in iudicando según el cual se habría efectuado una incorrecta calificación jurídica a los hechos, y que será tratado luego.

a.- Vicios en la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal 1.

La defensa considera sesgado, contrario a la sana crítica racional y parcial el mérito probatorio del a quo, y afirma que de ello derivan dos consecuencias: que no se haya aplicado el principio de la duda en beneficio del imputado y que la sentencia sea arbitraria. Funda estas afirmaciones en tres cuestionamientos concretos.

En primer lugar, critica que el relato de la niña no haya sido contrastado con la pericia psicológica del imputado según la cual éste no padece ninguna alteración en la esfera sexual de su psiquis.

En segundo lugar, reprocha que no se ha ponderado correctamente las afirmaciones de la licenciada M., quien sostuvo que de existir un hecho de abuso sexual por tiempo prolongado o de forma reiterada, hubiese sido posible detectarlo.

Por último, refiere que de no haberse cometido esos errores de valoración, se habría arribado a un estado de duda consistente con el conflicto intrafamiliar histórico que rodea la denuncia que originó este proceso.

De forma preliminar, y toda vez que la víctima en autos pertenece a un sector vulnerable de la población, debo hacer referencia a la posición que he sostenido en cuanto a las consecuencias que para el proceso judicial, y en particular en el ámbito de la valoración probatoria, tienen los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en relación a la garantía de acceso a la justicia, derecho a la verdad y tratamiento de la problemática de violencia contra las mujeres y personas en situación de vulnerabilidad. En este sentido, de modo constante y recientemente ratificado en **«Saldívar, Rodolfo»** he señalado que el Estado argentino ha asumido el compromiso de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

En lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en anteriores pronunciamientos –vgr. **«Concha, Jesús»**, **«López Gelavert»**, **«Merlo Donaire»**, entre otros– he señalado que **«tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente)**, han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66)».

«Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos» (conf. **«Concha, Jesús»**).

En particular, en el precedentes señalado he destacado que «[l]a Corte IDH en el **«Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala»**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006**, Serie C N° 70, párr.201)».

«En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando

así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

«En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica**, 2011; párr. 17)». Lo dicho permite comprender por qué casos como el presente deben ser evaluados bajo la perspectiva de la violencia de género.

Conforme los estándares internacionales y regionales, J.E.G., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado siendo menor de edad, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña, lo que he destacado como una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por lo que cada una de dichas condiciones demandan una especial protección tanto por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; como en particular de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

En la línea señalada, he aludido también al amparo especial que las mujeres, como víctimas de violencia en razón de su género, han merecido a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género. Del mismo modo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante Acordada 24.023, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género (**conf. «Saldívar, Rodolfo»**). A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. El art. 16 de la referida normativa establece la garantía de que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (**conf. Corte IDH, «Caso del penal Castro Castro vs. Perú»**, Fondo, Reparación y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N° 160; «Caso Rosendo Cantú vs. México», Excepción Preliminar,

Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216; «Caso Fernández Ortega y otro vs. México», Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

2. Sentado cuanto precede, debo adelantar que a mi entender el tribunal de instancia previa aplicó en forma satisfactoria los estándares probatorios antes delineados, pues para considerar acreditados los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó debidamente elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Me ocuparé en lo que sigue de analizar las tres críticas de la defensa en este punto: que no se contrastó debidamente el testimonio de la niña víctima con las pericias psicológicas y psiquiátricas del imputado; que no se ponderó correctamente el testimonio de la licenciada Mathus, y que no se tomó en consideración adecuadamente el conflicto intrafamiliar histórico que rodea la denuncia original.

Respecto del incorrecto contraste del relato de la menor con el informe psicológico del imputado, según el cual éste no padece ninguna alteración en la esfera sexual de su psiquis, cabe hacer tres afirmaciones: i) la alegada falta de contraste entre las pruebas no se ve corroborada por las constancias de la causa; ii) las pericias efectuadas al imputado no permiten sustentar la conclusión de que éste no padeciera alteraciones en su psiquis; y iii) el mérito probatorio sobre este punto aparece en esta instancia como correcto a la luz de las consideraciones preliminares efectuadas. En efecto, de los fundamentos de la sentencia surge que la jueza a quo analizó tanto el relato de la niña víctima como las pericias efectuadas al acusado, y sopesó las conclusiones que extrajo de cada prueba para tener por acreditado el hecho.

Meritó las pruebas incorporadas y concluyó que «de las pruebas producidas, las testimoniales rendidas así como de la instrumental que fuera legalmente incorporada y tal como adelantara, y no obstante las evaluaciones previas efectuadas en el año 2016 y que pudieran favorecer al imputado, entiendo que puedo tener por acreditado, principalmente considerando el relato de la niña, la evaluación del mismo y de la propia menor por parte de los profesionales del Edeas y su correspondencia con la denuncia que, entendida como notitia criminis, origina los presentes obrados, con el grado de certeza requerido en esta etapa procesal que [J.E.G.] fue víctima de abuso sexual con acceso carnal reiterado, el que asumiera dos modalidades, introducción del pene en la boca y en su parte anal, sin lograr su penetración completa en éste último caso [...]» -v. fs. 400 vta.-.

Para arribar a esta conclusión tomó en consideración el relato de la niña víctima y lo evaluó a la luz de las diferentes fuentes de acceso disponibles –tales como la declaración de su madre, la entrevista del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual realizada por los Dres. A. y F. o la audiencia de Cámara Gesell–, y lo mismo hizo en relación al relato del acusado y las pericias del Dr. G. M., la Lic. S. M. M. y el Dr. J. P..

En relación a estas últimas pericias, realizadas por personal del Cuerpo Médico Forense y de las cuales la defensa pretende extraer la conclusión de que el acusado no padece alteraciones en la esfera sexual de su psiquis, cabe señalar que la jueza a quo destacó que la Lic. S. M. M. explicó que no había advertido patologías en el área de la sexualidad porque no había sido requerida al respecto, y que aún así no era posible descartar algún tipo de conflicto.

Aclaró que se le realizaron los tests Bender y HPTT, pero no de Rorschach. En relación a la versión del Dr. J. P., la jueza destacó que, ante preguntas del Ministerio Público Fiscal, aquél afirmó que no se le hizo saber el delito por el cual se acusaba al entrevistado y que por eso no había sido suministrado el test de Rorschach, por lo que la pericia en ese sentido era incompleta.

Sostuvo, tal como asevera la defensa, que «cuando son abusos aislados puede ser que no aparezcan, cuando no hay un patrón, pero no cuando es un modus operandi, cuando hay un patrón sostenido, salen indicadores». Sin embargo, la defensa omite considerar que el profesional inmediatamente aclaró que los test específicos para identificar esos indicadores no se realizan si no se solicitan, por respeto al paciente dado que son muy movilizados –v. fs. 400–.

En relación con esta pretendida exigencia estereotipada de que los abusos sexuales cometidos contra menores de edad provengan de sujetos con patologías o algún tipo de enfermedad mental, critica con razón -a mi entender- Di Corleto expresa que «los mitos que contribuyen a la creación de un modelo de agresor construyen a la violación como un fenómeno excepcional.

Uno de los prototipos sugiere que este delito sólo es cometido por extraños, una idea que ignora los escenarios más comunes de las violaciones, en los cuales los autores son conocidos. [...] Otro de los mitos que define la figura de los perpetradores propugna que éstos presentan algún tipo de enfermedad mental. Así, se ha considerado que sólo los locos pueden cometer violaciones, un razonamiento que permite cuestionar la autoría del hecho respecto de quienes no tienen ningún tipo de alteración de la personalidad.

En los procesos seguidos por violencia sexual generalmente se ordena un examen médico para determinar si los imputados presentan algún rasgo de “desviación o perversión sexual”, no sólo para establecer el grado de responsabilidad, sino también como un dato relevante para la comprobación del delito. [...]

El problema de la incursión de los mitos en los procesos de violencia sexual radica en el hecho de que los estereotipos pueden alterar la manera en la que son analizados determinados elementos de los tipos penales que sancionan la violencia sexual» (conf. Di Corleto, Julieta, “Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación”, Nueva Doctrina Penal 2006/B, p. 416 y 417).

A mi entender, la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual.

La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios.

Así lo he señalado con anterioridad, por caso, en «**González, Carlos Mauricio**».

De manera acertada la jueza a quo concluyó que «si bien es cierto que a decir de ambos profesionales no existían indicadores de patología o disturbios psíquicos en el área de la sexualidad, principalmente la Licenciada Mathus, quien es la que debe suministrar la Técnica de Roschald según el psiquiatra, relativizó esta conclusión al sostener que no siempre se trata de una patología, puede igualmente haber algún tipo de conflicto en dicha área, añadiendo que no solo se trata del discurso ... sino de las historias de la persona evaluada ...» -v. fs. 400-.

En definitiva, quedó establecido que no se llevaron a cabo por no haber sido requeridos tests específicos que permitieran determinar indicadores de alteraciones en el área sexual del acusado, que el hecho de que no surgieran indicadores espontáneamente no permitía descartar una alteración y, finalmente, que la ausencia de una alteración no impedía que pudiera haber algún conflicto. Lo hasta aquí dicho permite también dar cuenta del segundo cuestionamiento defensivo, según el cual no se ponderaron correctamente las afirmaciones de la licenciada M, quien sostuvo que de existir un hecho de abuso sexual por tiempo prolongado o de forma reiterada, hubiese sido posible detectarlo.

El mérito de estas pruebas fue efectuado de manera consistente con las pautas de interpretación probatoria en materia de género antes indicadas, pues incluyó en su análisis una visión integral de la

temática y una especial ponderación del testimonio de la víctima y de las corroboraciones periféricas disponibles.

La jueza de instancia previa llevó adelante una valoración metódica de la prueba en la que, luego de enumerar el caudal de evidencia disponible, meritó cada elemento en forma particular y los relacionó entre sí, ofreciendo explicaciones para los puntos críticos.

Por último, y contrariamente a lo sostenido por la defensa en su tercer punto de agravio a la valoración probatoria, la jueza dedicó especiales consideraciones a la situación familiar conflictiva previa, con particulares referencias a los conflictos en sede judicial entre los padres de la víctima –v. fs. 395/396–, y destacó que el relato de la niña se mantuvo invariable en el tiempo en sus aspectos sustanciales, que «hizo aportes de verbalizaciones y refirió datos de las circunstancias en que acontecieron los hechos, acompañado de sentimientos de vergüenza, inhibición, malestar interno y angustia, coherente con el sentido de sus dichos y, a pesar de que dicho estado por momentos la invadía, con esfuerzo lograba sobreponerse para brindar información» -v. fs. 399-.

Dicho con otras palabras, la jueza a quo evaluó el cuadro familiar con cuantiosas desavenencias conyugales y profusos inconvenientes entre los padres de la víctima, pero lo consideró insuficiente para conmover la versión de los hechos aportada por la niña víctima.

El razonamiento efectuado en la sentencia luce, a mi entender, debidamente fundamentado. El relato de J.E.G., además, fue objeto de un análisis pormenorizado, que incluyó la versión aportada por su madre al momento de efectuar la denuncia, el análisis de la entrevista con la Lic. M. F., el Dr. A. A., el Dr. M. B., la Lic. M. R. C. y de la Cámara Gesell efectuada.

A criterio de la a quo el análisis crítico de los elementos de corroboración periférica del relato de la niña a partir del contexto familiar justifica conceder cierto peso al relato aportado por su madre: «no obstante ello el conflicto familiar acreditado y si bien es cierto que E.M.V.T.T., madre de la víctima aporta otros elementos al relato de la menor en cuanto a la modalidad de comisión de los abusos, el uso de términos por parte de [J.E.G], la participación de [U.G.] en los mismos, entre otros, circunstancias que fueron señaladas por la Defensa a fin de justificar que dicho relato resulta ganancial por parte de ésta, entiendo que más allá de que pueda haber una resignificación de los términos por ella utilizados también pudo haber sido la menor más amplia en su relato con su propia madre, dado el grado de confianza que obviamente dicho vínculo conlleva Sin embargo y aun ciñéndonos al relato de la menor, entiendo que nos encontramos en condiciones de afirmar que la misma ha sido víctima de abuso sexual por parte de su padre ...» -v. fs. 398-.

Comparto estas apreciaciones efectuadas por la a quo, que no han sido rebatidas por el recurrente en su impugnación. La jueza también valoró -a mi entender correctamente- que la niña, sola y en un estado de inhibición y vergüenza, declaró al Equipo de Abordaje de Abuso Sexual «mi papá ha estado abusando de mi», «cada vez que yo le pedía algo, me pedía que le pagara y me preguntaba con qué le iba a pagar y me empezó a hacer lo que no tendría que haber hecho ... lo que pasa que mi papá tenía relaciones conmigo cada vez que yo le pedía algo» -fs. 398-; que también aportó circunstancias de tiempo, modo y lugar de los abusos que se compadecen con las denunciadas por su madre: «me ponía contra la puerta y me empezaba a tocar las partes prohibidas», para añadir que «me metía adentro de mi parte íntima su parte íntima» y que «él me hacía que yo le besara su parte interior». Debe destacarse también que la víctima al ser consultada por el Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales señaló que «esa parte interior ... era el pito Me obligaba, me decía que me callara porque me iba a llevar a un lugar e iba a decir que todo lo que dijera era mentira» -fs. 398 vta.-.

Esta versión, prestada ante el Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales fue contrastada por la sentenciante con las actitudes de la niña en la audiencia de Cámara Gesell celebrada, en la que además aportó numerosos detalles sobre cómo se habían desarrollado los hechos.

También tomó en consideración el tiempo transcurrido entre los hechos, la posibilidad de la víctima de encontrar herramientas o recursos para exteriorizar los padecimientos sufridos, la edad evolutiva de la víctima, las descripciones temporales y espaciales y la lógica de su discurso.

En base a las consideraciones precedentes es posible sostener, como conclusión, que los agravios vinculados a una errónea valoración probatoria no pueden tener acogida favorable en esta instancia. 3. Corresponde entonces ingresar al análisis de los agravios relativos a la acreditación de la modalidad de abuso sexual, cuestionada en segundo término por la defensa.

En este segmento del recurso la defensa no pone en tela de juicio la existencia de abusos sexuales por parte del acusado hacia J.E.G., sino su modalidad.

Afirma que la prueba valorada y la declaración de la niña víctima según la cual «el acusado ponía su pito en mi boca» y «me hacía que le besara su parte íntima», no permiten derivar la existencia de un acceso carnal. Tampoco surgiría de los dichos de la menor conforme a los cuales «el acusado ponía su parte interior en mi parte interior», siendo ésta su «poto».

A entender de la defensa falta evidencia física de un acceso carnal vía anal, lo que debe tener consecuencias en cuanto a la calificación del hecho, que debe ser considerado «abuso sexual gravemente ultrajante».

Funda su planteo en dos puntos: que en tanto el Tribunal tuvo por acreditado el acceso carnal en modalidad de coito imperfecto, la interpretación aplicada es la más gravosa entre las posibles, y que no se acreditó que la incompletitud del acceso obedeciera a razones ajenas al agente y no al desistimiento voluntario.

Sin perjuicio de lo alegado por el recurrente, advierto que la jueza a quo explicó los motivos que le permitieron tener por acreditado el acceso carnal por vía anal. En este sentido, afirmó que «coincido con el Ministerio Público Fiscal en cuanto a que la modalidad de producir frotamientos e introducción de su pene en la parte anal de la menor, que ésta verbaliza diciendo “me ponía su parte interior en mi parte interior”, siendo ésta “el pito” y en su “poto”; el modo descrito para ello, colocándola de frente a la puerta y de espaldas al imputado y la circunstancia referida en Cámara Gesell de la existencia de dolor en su poto afirmado por la víctima, permiten afirmar que estamos frente a otra modalidad de abuso sexual con acceso carnal, es decir, con la que la doctrina ha dado en llamar la existencia de coito imperfecto, en este caso, en la parte anal de la menor» -v. fs. 401-.

Dicho con otras palabras, la jueza consideró como muestra de que los actos realizados quedaban alcanzados por el tipo de acceso carnal el hecho de que la víctima reportara dolor, lo que a su entender revela un acceso aunque incompleto, posición que apoyó en doctrina y jurisprudencia.

El control de la actividad valorativa realizada por la a quo da cuenta de un mérito integral del testimonio de la niña y las pruebas periféricas que contribuyeron a aportarle credibilidad, y que fue objeto de análisis en el apartado anterior. Tal como lo detalló la jueza a quo, la menor de edad explicó con abundantes verbalizaciones la mecánica de los hechos.

Señaló que «no se iba a volver a regalar», que «su padre le había hecho hacer cosas que no quería hacer»; en declaraciones a su madre dijo saber «qué era un pete» y relató que su padre la ponía detrás de la puerta, que la tocaba y que le salía un líquido del pene; a la Lic. en Psicología M. F. le relató que «su padre metía su parte interior dentro de mí» y «me hacía que le besara el pene» -expresiones que según la

profesional deben ser analizadas dentro del desarrollo evolutivo de una niña de diez años-; así como que «lo que pasa que mi papá tenía relaciones conmigo cada vez que yo le pedía algo» y «me metía dentro de mi parte íntima su parte íntima ... él me hacía que yo le besara su parte interior».

En Cámara Gesell expresó que «su padre ponía mi boca en su pito». Estas afirmaciones de la niña, tal como surge del análisis del material probatorio realizado por la a quo, fueron acompañadas de un notorio lenguaje conductual coherente con su versión y de la ausencia de indicadores de mitomanía o fabulación. Exigir por parte de la niña víctima una versión más pormenorizada hubiera significado exponerla a una nueva instancia judicial –con su consecuente revictimización– con el sólo propósito de obtener un nivel más preciso de detalles, lo cual no aparece razonable.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido con anterioridad que los niños deben declarar la menor cantidad de veces posibles a fin de evitar su revictimización o un impacto traumático en ellos, respetando de ésta manera el interés superior del niño y asegurando el derecho de defensa, conforme lo establecen Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (**conf. «Basualdo, Marcos», «López Rojas», entre otros**).

Sin perjuicio de ello, a los efectos de agotar la capacidad de revisión, aventar posibles dudas y obtener un mayor grado de certeza, en esta instancia recursiva fueron requeridas las constancias audiovisuales de la Cámara Gesell realizada a la menor de edad J.E.G. –v. fs. 438–, cuyo examen confirma el sentido del mérito efectuado por la a quo.

En efecto, ante las preguntas de los profesionales que efectuaron el abordaje puede verse a la víctima notoriamente afectada por el hecho y con dificultades para relatar lo ocurrido, e incluso requiere la presencia de su madre. Relata que «me ponía contra la puerta» y «me bajaba los pantalones y...me hacía hacer...» sin poder continuar la exposición minuto 11:00 y ss. Ante repreguntas aclara que «se bajaba los pantalones y...y metía su parte interior en mi poto» 12:42 dejando claro que esa «parte interior» aludía al «pito» 13:55. Preguntada por cuántas veces había ocurrido, contesta «no sé, muchas» y detalla en qué circunstancias ocurría: cuando no había nadie en la casa y por la tarde, «me llamaba... y pasaba cada vez que le pedía algo, él me decía que eso, que haga eso», «me ponía detrás de la puerta y él atrás mío» 17:50. También, ante preguntas sobre si su padre le pedía algo, asiente y dice que le pedía «que me metiera en mi boca... en su pito» 18:00.

Luego la profesional específicamente le preguntó «Esto de que él te ponía en la puerta, ¿vos decís que metía su pito en tu poto?» ante lo que la mejor asiente, y ante la pregunta sobre cómo terminaba esa situación señala que «yo le decía que me dolía y él seguía y le decía que por favor no, y ahí me dejaba» 18:29 y ss..

Más allá del contenido textual de sus declaraciones, que describe específicamente accesos carnales, el relato de la menor de edad permanentemente demuestra desconfianza relacional, motivo por el que requiere el apoyo de su madre, y lenguaje gestual de inseguridad, dependencia, culpa, vergüenza y vulnerabilidad, lo que conforme a la doctrina especializada constituye indicador de abuso sexual infantil (conf. UNICEF/JUFEJUS/ADC, **Guía de Buenas Prácticas** para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia, y obtención de pruebas válidas para el proceso, págs. 14/15, 24, 26/27, recuperado de www.unicef.org).

Resulta indiscutible el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas. El agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de los menores de edad, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos.

En conclusión, el agravio defensivo vinculado a la falta de acreditación del acceso carnal debe ser rechazado, en tanto la sentencia condenatoria dio cuenta adecuadamente de las pruebas en que se basó para considerar que el hecho ocurrió en la forma en que la acusación lo atribuyó a G. L..

4. Conforme a lo señalado considero que la sentencia cuestionada ha explicado correctamente cada uno de los puntos impugnados por el recurrente, mediante una valoración probatoria integral y adecuada a las particulares circunstancias que rodean el caso.

De forma tal que los agravios relativos a la valoración probatoria llevada a cabo, así como al estado de duda insuperable al que habría de arribarse mediante la aplicación de la sana crítica racional respecto de la existencia del hecho, deben ser rechazados en esta instancia, en tanto constituyen un intento de la defensa de aislar material probatorio para restarle fuerza convictiva.

b.- Vicio in iudicando

En este punto, la defensa reclama que la correcta interpretación del hecho es la de abuso sexual gravemente ultrajante y no la más gravosa aplicada sin pruebas de un acceso carnal.

A su entender la menor en ningún momento aseguró que el imputado haya introducido su pene en su cavidad sexual, además de que la sentencia no ha justificado que la incompletitud de un acceso carnal por vía anal fuera por razones ajenas al acusado y no por un desistimiento voluntario o su intención de tener un mero contacto de su pene con la zona anal de la menor sin intención de accederla.

Ahora bien, tal como surge de las consideraciones realizadas en el apartado anterior, la plataforma fáctica que la a quo consideró acreditada ha sido confirmada en esta instancia, de forma tal que la calificación jurídica asignada al hecho aparece correctamente aplicada.

Dicho con otros términos, el vicio sustancial dependía de la admisión del reclamo sobre los hechos que se consideraron acreditados y que ya ha sido desestimado.

Por otra parte, tampoco se advierte interés de la defensa en la procedencia del planteo, toda vez que aun en caso de que se aplicara a su representado la calificación solicitada, el marco de pena en abstracto no variaría, pues no se ha cuestionado la agravante del vínculo y de ser el hecho cometido contra una persona menor de 18 años de edad aprovechando la situación de convivencia preexistente.

De forma tal que, tratándose de delitos que prevén la misma escala penal (conf. art. 119 párr. cuarto del CP) y ante la ausencia de cuestionamientos defensivos que puedan impactar sobre la individualización de la pena –que no ha sido cuestionada–, el agravio relativo a la calificación aparece carente de decisividad respecto de la situación del acusado, lo que determina su suerte adversa en esta instancia. En definitiva, la carencia de decisividad del agravio sustantivo torna innecesario ingresar en su tratamiento.

c.- Conclusiones

En base a las razones antes expuestas, corresponde señalar que contrariamente a lo sostenido por la defensa, la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 se encuentra debidamente fundada a tenor de lo exigido por la normativa procesal, y tanto el mérito probatorio en que se basa como la calificación jurídica asignada a los hechos atribuidos a G. L. no han logrado ser rebatidos por el recurrente. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. S. G. L. a fs. 406/415.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

32- LUCERO RAMIREZ. 20-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M EG	NNA	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo y 4° párrafo inc. b) y art. 55 del CP, arts. 351, 352, 353 inc. 4° y 354 del CPP

Vox: Abuso sexual. Sobreseimiento. Querellante.

Summa:

El **TPC** N° 1- 3° CJ, en función de tribunal de apelación, confirmó la sentencia de sobreseimiento del acusado.

La parte **querellante particular** interpone recurso de casación contra la resolución proveniente del TPC en tanto éste, en función de tribunal de apelación, confirmó la Sentencia N° 1.628 del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de dicha circunscripción que sobreseyó al acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda en concurso real por tratarse de un número indeterminado de hechos (art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo inc. b) y art. 55 del CP, arts. 351, 352, 353 inc. 4° y 354 del CPP)..

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

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante particular y confirmar la resolución dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1628 pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Delfino
- Fernández Pedro

b- CIDH: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm

- Barrios Altos
- Almonacid Arellano
- Alban Cornejo
- Bueno Alves vs. Argentina. 05-07-11
- Ibsen Peña vs. Bolivia, 01-10-10
- Vera Vera vs. Ecuador. 19-05-11

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

(G.S.)

Fallo.

CUIJ: 13-04723814-9/1((018601-63096)) FC/ L. R. E. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (63096) (LEGAJO) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104800411*

En Mendoza, a los veinte días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04723814-9/1, caratulada "FC/L. R., E. A. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL".

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

La querellante particular interpone recurso de casación (fs. 32/34) contra la resolución proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial (fs. 27 y vta.) en tanto éste, en función de tribunal de apelación, confirmó la Sentencia N° 1.628 del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de dicha circunscripción (fs. 6/7), que sobreseyó al acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda en concurso real por tratarse de un número indeterminado de hechos, calificación que se le endilga en los autos N° P-63.096/17 (art. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo inc. b) y art. 55 del CP, arts. 351, 352, 353 inc. 4° y 354 del CPP).

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO ,DIJO:

I.- La resolución recurrida

De acuerdo con los fundamentos del Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción Judicial, la sentencia de sobreseimiento apelada, proveniente del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la misma Circunscripción Judicial, debía ser confirmada en razón de encontrarse prescripta la acción penal del delito endilgado al acusado.

Para resolver de esa manera, por un lado, el a quo sostuvo que, más allá de compartir los argumentos de la querrela sobre la relevancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNyA), **lo cierto era que el delito de abuso investigado en este caso no podía ser considerado imprescriptible, razón por la que debían imperar los límites del derecho interno.**

En este sentido, con alusión a precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH), explicó que **no toda violación de un derecho humano puede ser considerada imprescriptible**, siendo ésta una característica que comparten sólo algunos tipos de delitos.

En concreto, sostuvo que la imprescriptibilidad es un carácter propio de los delitos internacionales descriptos en el Estatuto de Roma y aquellos otros casos que la CorteIDH ha considerado «graves violaciones a los derechos humanos».

Por otro lado, realizó precisiones relativas a la inaplicabilidad retroactiva de las leyes 26.705 y 27.206, que modificaron las causales de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal en casos de delitos contra la integridad sexual de menores de edad.

Así, tras indicar que la prescripción es una institución de orden público que establece un límite a la potestad jurídica del Estado y afirmar que se encuentran involucradas razones de seguridad jurídica, el tribunal de instancia anterior sostuvo que imperaba la obligación de declarar prescripta la acción penal

correspondiente con la acción penal del delito acusado (ver soporte audiovisual acompañado al expediente, minutos 52:30 a 1:12:15).

II.- El recurso de la querrela particular

La querellante particular interpone recurso de casación contra la resolución arriba individualizada, por considerar que contiene una errónea aplicación de la ley sustantiva. Considera que los hechos objeto de investigación son imprescriptibles, debido a que así lo establecen tratados internacionales de derechos humanos y que el tribunal ha fallado en contra de lo estipulado en la CADH y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Explica que el tribunal a quo consideró erróneamente que la fecha a tener en cuenta para el cómputo del curso de la prescripción es el año 1980 y sostiene en este sentido que se está frente a un número indeterminado de hechos que aún no se encuentran acreditados en su totalidad, motivo por el que la investigación se encuentra vigente. Enumera otras causas donde se investiga al mismo acusado por el mismo tipo de delito atribuido en este proceso.

Frente a la postura del tribunal, que indica que en este caso no se ha suspendido el curso de la prescripción de la acción penal, afirma que los precedentes **«Barrios Altos»**, **«Almonacid Arellano»** y **«Alban Cornejo»** de la CorteIDH fijaron como criterio la inaplicabilidad de las normas sobre prescripción en casos de comportamientos violatorios de los derechos humanos. Considera que en este caso se está frente a una «grave violación de los derechos humanos». Apunta que hay características similares entre los delitos de lesa humanidad y el abuso sexual infantil.

Ello, puesto que en este último el abusador no se detiene en la satisfacción sexual, sino que «va más allá», en procura del dominio, el sufrimiento, la cosificación y degradación de las víctimas.

Entiende que esto es precisamente lo que hace equiparable el abuso sexual con la tortura, siendo este un delito que sí tiene aparejada la imprescriptibilidad. Asimismo, afirma que la reiteración en el tiempo de innumerables hechos como tocamientos, masturbaciones y accesos carnales se asemeja a una tortura. Manifiesta que no puede ratificarse la prevalencia de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal por sobre el interés del niño. Señala que el plexo normativo en juego es mucho más amplio que el considerado por el tribunal de mérito y apunta que se debió buscar la solución del caso en las leyes 26.705 y 27.206, y en los Tratados Internacionales de DDHH, campo donde concurren las garantías del imputado y los derechos de las víctimas. Entiende que el a quo no valoró la condición de vulnerabilidad de las víctimas.

Se agravia toda vez que, pese a que el tribunal reconoció que se encuentra en juego la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Belém do Pará, de repente viró su decisión hacia la irretroactividad de la ley. Considera que, frente al choque o colisión de intereses, el tribunal debió resolver priorizando el interés superior del niño. Finalmente, afirma que el instituto de la prescripción de la acción penal es de naturaleza procesal, por lo que corresponde mantener inerte la imprescriptibilidad de los delitos investigados. Formula reserva del caso federal.

III. El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que la presentación recursiva del querellante particular, aunque formalmente procedente, debe ser rechazada en el fondo. Considera que, tomando la fecha desde que la supuesta víctima habría dejado de ser abusada, se habría superado en exceso el plazo previsto para la

prescripción de los delitos endilgados. Asimismo, sostiene que se llega a la misma conclusión aun analizando el caso al amparo de las leyes 26.705 y 27.206.

IV.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Por las siguientes razones considero que debe rechazarse el planteo recursivo de la querellante y, en consecuencia, confirmarse el auto proveniente del Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Tercera Circunscripción Judicial que confirma el sobreseimiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N°1 de dicha circunscripción. A fin de explicar por qué entiendo adecuada la solución del tribunal a quo, resulta oportuno recordar los hechos objeto de investigación.

Se desprende del acta de imputación formal de fs. 78 y vta. que el acusado habría cometido diversos hechos delictivos contra la integridad sexual de su sobrina, sin poder precisar con exactitud el inicio de los mismos pero durante la primavera o el verano de 1980 -cuando la niña tenía 4 años de edad- y hasta el año 1989 -cuando ésta tenía 13 años de edad-.

De acuerdo con la acusación, E.A.L.R. habría aprovechado la situación de convivencia durante ese lapso de tiempo para cometer un número indeterminado de delitos contra la integridad sexual de la niña: tocarle la vagina, obligarla a que le tocara el pene y a que lo observara masturbarse, para accederla de manera incompleta por la vagina y que le besara el pene.

Tal plataforma fáctica fue calificada como «abuso sexual con acceso carnal agravado por la guarda en concurso real por tratarse de un número indeterminado de hechos». Según se advierte, el objeto de discusión traído a estudio ya ha sido resuelto por este Tribunal, *mutatis mutandi*, al expedirse en el marco de las causas «**Lemos Delfino**» y «**Fernández Pedro**» (sentencias leídas el 17 de agosto y 30 de agosto, respectivamente).

Brevemente, las pretensiones de la parte querellante radican en un pedido de aplicación retroactiva de la causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal introducida por la ley 26.705 en el art. 63 del CP (y/o de la modificación de dicha causal, generada por la ley 27.206 e introducida en el art. 67 del CP).

Para fundar dicho pedido y, de ese modo, superar la prescripción de la acción penal de hechos cometidos entre los años 1980 y 1989, la querella intenta sostener que los delitos que en esta causa se investigan son imprescriptibles.

No obstante, para avalar esta idea no ha brindado argumentos distintos de los que ya fueran abordados extensamente y desechados en los precedentes citados, razón por la que su pretensión no puede ser recibida. En efecto, al respecto de la categorización de los delitos acusados a E.A.L.R. como supuestos de «graves violaciones a los derechos humanos» y, de la imposibilidad de oponer el instituto de la prescripción para esta categoría, el recurrente no ha dado argumentos capaces de modificar las conclusiones a las que oportunamente llegó este Tribunal.

Según se advierte, la querella sólo ha citado jurisprudencia de la Corte IDH sin demostrar, específicamente, de qué manera la doctrina resultante de cada uno de los fallos nombrados podría aplicarse al caso bajo estudio, ante la diferencia que existe entre los delitos denominados «comunes» y las «graves violaciones a los derechos humanos», en las que se ven involucrados en carácter de sujeto activo agentes del Estado que actúan siguiendo órdenes del aparato institucional, o con su anuencia, y en las que la imprescriptibilidad ha sido justificada con el objetivo de impedir que el Estado evada la rendición de cuentas por las arbitrariedades que cometan sus propios funcionarios en el marco de contextos de

violencia institucional u obstáculos en la investigación, y la negligencia estatal en la investigación (ver caso **“Bueno Alves vs. Argentina. Supervisión de Sentencia”**, resolución de la CorteIDH del 5/7/2011).

Cabe recordar sucintamente sobre este aspecto que, no toda conducta criminal, en tanto que vulnera un derecho humano, supone una «grave violación» y, por lo tanto, pasible de ser imprescriptible.

En este sentido se expresó la Corte IDH al señalar que toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, pero que ello no debe confundirse con lo que el propio tribunal ha considerado a lo largo de su jurisprudencia como «violaciones graves a los derechos humanos» puesto que, de lo contrario, se correría el riesgo de que todo caso sometido a su jurisdicción, por tratarse de hechos que, en sí mismos, implican gravedad, conllevaría la improcedencia del instituto de la prescripción (ver causas **Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia del 1/10/2010, y Vera Vera vs. Ecuador, sentencia del 19/05/2011**). Por ello no pueden aplicarse, sin más argumento que la invocación de precedentes jurisprudenciales y la pretendida afectación de un derecho humano -como la integridad sexual-, las consecuencias necesarias de la categoría «graves violaciones a los derechos humanos».

De lo contrario, se realizaría una interpretación extensiva de las normas y la jurisprudencia internacionales en perjuicio del acusado y, de esa manera, se avalaría la aplicación de una analogía in malam partem contraviniendo así, paradójicamente, numerosos tratados internacionales de derechos humanos.

Finalmente en este aspecto, también debe decirse que la querrela no ha dado adecuadas razones para equiparar los abusos denunciados con un supuesto de «tortura», de conformidad con la definición que sobre dicho delito trae el art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Por lo demás, y como se adelantara, también corresponde advertir que el recurso no contiene argumentos capaces de controvertir lo dicho por esta Corte respecto de que no existen motivos para superponer el principio de «interés superior del niño» por sobre otros principios constitucionales que deben ser observados.

Además de los argumentos ya brindados en los precedentes citados, como colorario resulta útil recordar que «no existe ninguna regla del derecho internacional de los derechos humanos que obste a que los Estados partes establezcan reglas de prescripción de la acción penal respecto de delitos de abuso sexual cometidos por personas particulares que no son agentes del Estado, ni obran con su aquiescencia o bajo su dirección ...».

Tal circunstancia se ve reforzada con el hecho de que «el abuso sexual u otras formas de abuso sexual infantil no están comprendidos en ninguna disposición de un tratado que establezca su imprescriptibilidad. Tampoco puede inferirse del derecho internacional general la existencia de una regla consuetudinaria a la que se le reconozca carácter obligatorio, según la cual los Estados tendrían prohibido someter tal clase de delitos a algún régimen de prescripción» (**CNCCC, Sala II, «M.,P.s/Recurso de casación», sentencia del 1/2/2019**).

A modo de conclusión, entonces, debe afirmarse que la primera cuestión traída a resolución debe resolverse por la negativa, puesto que el recurrente no ha otorgado ninguna razón valedera con la fortaleza argumentativa suficiente como para variar la posición asumida por esta Corte en los precedentes citados.

Los delitos acusados en esta causa son delitos comunes y como tales están sujetos a las reglas sobre prescripción vigentes a la fecha de los hechos, es decir, de conformidad con el sistema establecido por la redacción originaria del CP (ley 11.179, publicada en el B.O. el 3 de noviembre de 1921).

Atento ello, debe decirse que la prescripción de la acción penal correspondientes con el delito acusado a E.A.L.R., resuelta por el juzgado Penal Colegiado N° 1 y confirmada por el Tribunal Penal Colegiado N°1 (ambos de la Tercera Circunscripción Judicial), debe ser confirmada.

A modo de conclusión, entonces, la primera cuestión traída a resolución debe resolverse por la negativa, puesto que el recurrente no ha otorgado ninguna razón valedera con la fortaleza argumentativa suficiente como para variar la posición asumida por esta Suprema Corte en los precedentes citados.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Adhiere.

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

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

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

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

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querellante particular (fs. 32/34) y confirmar la resolución obrante a fs. 27 y vta. proveniente del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas del caso federal formuladas.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 20 de agosto de 2019.-

33- OJEDA PEREZ. 18-03-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** por el delito de abuso sexual con acceso carnal, previsto en el art. 119 tercer párrafo del CP.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación deducido

Resolución cuestionada: Sentencia N° 232, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

Dr. Valerio:

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Vázquez Tumbarel. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Narváez Videla. 23-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=269>
- Brancello Urbón. 05-03-20.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Vega. 04-06-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=392>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

b- CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

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

(C.T.)

Fallo.

CUIJ: 13-04621693-2/1((028601-500489)) F. C/ O. P. J. C. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (500489) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104704705*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04621693-2/1, caratulada "FC/ O. P., J. C. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado J. C. O. P. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 232 (fs. 279 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de siete años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal, previsto en el art. 119 tercer párrafo del C.P., pronunciamiento dictado en la causa N° P-500.489/18 por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]n fecha 6 de marzo de 2018, en horas de la tarde, entre las 15:30 y las 16:00 hs., en momentos en que la menor C. C. C., de 12 años de edad, acudió a la propiedad de O. P., sita en calle ... de General Alvear, Mendoza, con el objetivo de devolverle la bicicleta que le había prestado, procedió a tomarla con fuerza por los brazos, llevándola a una habitación ubicada en el interior de su vivienda, comenzando a tocar a la menor en su ano y vagina, para luego introducir, sin su consentimiento, sus dedos en el interior de la vagina de la niña, lo que provocó un sangrado activo y flujo sanguinolento, diagnosticándosele posteriormente un desgarramiento himeneal en hora tres y erosiones en paredes vaginales».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima C. C. C., A. C. C., hermana de la víctima, las licenciadas I. P. y V. D. C., A. N., M. L. V., A. M., el informe psicológico sobre la declaración testimonial de C. C., el examen físico practicado a la víctima, y demás elementos de juicio incorporados debidamente al debate.

II.- Recurso de casación

La queja del recurrente se basa en el inciso 2° del art. 474 del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

En primer orden, la defensa impetra **la nulidad absoluta** de la sentencia por entender que su asistido no fue debidamente identificado.

Alega en tal sentido, que de los fundamentos del dictum cuestionado se advierte que el sentenciante ha errado en la identificación del imputado, en tanto en la primera parte de sus fundamentos identifica al imputado como J. C. P. O., pero inmediatamente después y al tratar la primera cuestión, expresa que «[...] vino la presente causa a conocimiento del Tribunal mediante Requerimiento de Citación a juicio [...] por el cual se le atribuye al encartado N. F. S. C.».

En virtud de ello, entiende que no sólo no hay una correcta individualización del imputado, sino que la persona condenada resulta ser otra, razón por la cual sostiene que la sentencia es nula de nulidad absoluta en virtud del **art. 416 inc. 1º del C.P.P.**

Agrega que otro motivo de nulidad absoluta es que –según entiende– los fundamentos que integran la sentencia cuestionada, en realidad corresponden a otro juicio oral y no al de su asistido. Precisa en este sentido, que las pruebas que supuestamente sirvieron de fundamento condenatorio de su asistido, no fueron valoradas acabadamente sino que corresponden a fundamentos condenatorios dispuestos en formularios preimpresos, y por un hecho ya juzgado por el sentenciante.

En segundo orden, sostiene que el a quo incurre en vicios de falta de motivación y de arbitrariedad por contrariar las reglas que rigen la sana crítica racional.

En este sentido, sostiene que el análisis realizado por el juez de sentencia en torno al tiempo en que se habrían desarrollado los hechos, no se condice con las normas de la lógica y el sentido común.

Así, alega que el a quo consideró –erróneamente a su criterio– que su asistido en exactamente media hora tuvo tiempo de caminar diez cuadras, cinco desde la casa de su hija hasta su domicilio (donde habría acontecido el hecho) y desde su domicilio hasta su lugar de trabajo.

Expresa que resulta fácticamente imposible que una persona recorra estas cuadras en media hora y realice todos los hechos que se le endilgan a su asistido.

Agrega que el sentenciante introduce un elemento fáctico consistente en una bicicleta, circunstancia que es ajena al relato del propio imputado y ningún testigo refirió su presencia, por lo que solamente estuvo presente en la mente del juzgador.

En relación a los testigos, cuestiona que el sentenciante apoyó los fundamentos condenatorios sobre las exposiciones de testigos amigos de la víctima y de los peritos que concurrieron al debate oral.

En este sentido, refiere que el a quo en un verdadero esfuerzo de interpretación, pretendió fundar los extremos de la imputación en pruebas periciales.

Así, destaca que el juez sentenciante merituó como relevante lo manifestado por las peritos en audiencia de debate, en tanto sostuvieron que el relato de la niña C. C. y su hermana, A. C., cumplen con un porcentaje alto de los puntos exigidos (27 de 29). Critica que los profesionales no dijeron ni supieron explicar cuáles eran los puntos que no cumplían.

Aclara que durante el desarrollo del debate no pudo dilucidar tal extremo, ya que fue permanentemente interrumpido por el juez. Así, valora que la licenciada V. D. C., psicóloga que entrevistó a la hermana de la víctima, A. C., sostuvo que resultaba creíble el testimonio de la niña. Sin embargo entiende que este testimonio no fue considerado por el representante del Ministerio Público Fiscal, por ser incongruente y contradictorio con el prestado en audiencia de debate por la testigo.

Del mismo modo, afirma que tampoco se valoró la desgrabación primaria de la Cámara Gesell de la hermana, en tanto sostuvo la testigo que la víctima fue a pedirle la bicicleta al imputado y éste no se la prestó. En el mismo sentido, cuestiona la declaración brindada por la licenciada I. P., por ser un testimonio que no se condice con lo declarado por la asistente social. Entiende que la testigo pretendió «maquillar de verosímil» el relato de la niña con una prolija aunque vaga exposición técnica sobre los pormenores y fundamentos técnicos que gobiernan la psicología.

Por otro lado, el recurrente entiende que el sentenciante soslayó deliberadamente el testimonio de A. N. A., el que fue valorado en forma parcial y arbitraria. Alega en este sentido, que el referido testigo declaró que: «yo escuche que O., le decía a esta niña, ándate de acá no quiero saber nada con vos ni con tu familia». Por tal motivo, concluye que es mendaz lo sostenido por el sentenciante, en cuanto consideró

que los testigos ofrecidos por la defensa no aportaron circunstancias relevantes sobre el hecho. Cuestiona también el informe del facultativo forense, en cuanto se concentra -según entiende- en las lesiones genitales de la víctima sin reparar en otro tipo de lesiones, tales como desgarros en la zona de entrepierna, hematomas y/o laceraciones en el cuerpo, brazos, muñecas y antebrazos, tanto de la víctima como del supuesto victimario.

Finalmente, refiere que no fueron tomados como probables los dichos de la defensa sobre un posible ataque sexual a C. C. por parte de una persona conocida, padre o hermano. Alega que esta hipótesis fue desechada por el a quo, quien se concentró de plano en informes tan contradictorios y vagos como el de las peritos.

En este sentido, y en relación a la posibilidad de otro agresor distinto a su asistido, entiende que debió considerarse como datos relevantes que la víctima no quería ver a su padre, o que concurrió a la policía para contarle lo sucedido, o apoyarse afectivamente en su madre, persona que no había visto por el término de diez años.

En virtud de todo ello, solicita se declare la nulidad total o parcial de la sentencia y el correspondiente reenvío de las presentes actuaciones a fin de que se realice un nuevo juicio. Hace reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por el imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad.

En primer orden, refiere que la persona del imputado se encuentra debidamente identificada tanto en la sentencia como en sus fundamentos, y que la consignación de otra persona en un párrafo de la resolución, debe entenderse como un evidente error material que no puede constituir una causal de nulidad.

En segundo orden, destaca que el a quo analizó el plexo probatorio en su conjunto contando con pruebas de naturaleza objetiva que respaldan el testimonio de la víctima. Sostiene que – contrariamente a lo que argumenta la defensa– se tuvieron en cuenta los dichos del imputado, de su hija, del yerno y del dueño del lugar donde trabaja O., los cuales intentaron ubicar al encartado en el taller que trabajaba y no en su vivienda, extremo que quedó desvanecido con el examen psicológico realizado a la niña, del que surge que su testimonio es creíble y que no existía una relación conflictiva con el encartado. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

A modo de aclaración previa, debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento. De esta manera, en primer lugar se abordará la cuestión relativa al error en la identidad del imputado J. O. P. en la sentencia cuestionada.

En segundo lugar, y en caso de que aquel planteo fuera rechazado, se ingresará en el análisis nuclear del recurso, mediante la revisión sobre la valoración del plexo probatorio.

La defensa plantea que se ha vulnerado el art. 416 inc. 1° del C.P.P., en tanto estima que el sentenciante ha errado en la identificación del imputado, al referir como imputado a N. F. S. C.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar desde que, de la lectura de la sentencia objeto de impugnación, se avizora que tanto en su parte resolutive, como en el desarrollo de sus fundamentos –a excepción del párrafo indicado por el recurrente–, como así también, en la descripción del hecho que constituye la hipótesis fiscal, se individualiza correctamente a J. O. P. como el autor del hecho.

Ahora bien, la conclusión arribada supra no puede ser alterada por la ocurrencia que, en el párrafo señalado por el recurrente, por un error material se haya consignado un nombre distinto al del imputado, desde que ninguna duda cabe que J. C. P. O. es quien estuvo sindicado desde los primeros momentos de la investigación como autor del hecho.

Ello surge de la simple compulsula de las presentes actuaciones y, en especial, del dictum cuestionado en el que, no obstante el error en el que se ha incurrido en uno de los párrafos, puede apreciarse de su contenido y de las pruebas incorporadas al debate la correcta individualización del autor del hecho.

Por otro lado, no debe soslayarse la contradicción en la que incurre el recurrente quien, por un lado, y con el fin de reforzar sus argumentos para impetrar la nulidad de la sentencia cuestionada, alega que se valoró elementos de prueba pertenecientes a otro proceso y, al mismo tiempo, cuestiona la valoración que realiza el sentenciante del acerbo probatorio que –en forma indiscutible– dan sustento a la responsabilidad de O. P. en el hecho que se le endilga.

A continuación, y como adelanté, abordaré los vicios in procedendo denunciados por el recurrente –lo que constituye el aspecto nuclear del recurso–, mediante el análisis de los cuestionamientos sobre la valoración del plexo probatorio.

Al advertir que la víctima en autos, C. C., pertenece a un sector vulnerable de la población, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto a un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad.

Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que C. C., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como

en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos («Concha, J. y ots.»).

La Corte IDH en el «**Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala**», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. **Corte IDH, Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 70, párr. 201**).

Expresamente señalé en tal oportunidad que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis una lectura desde el enfoque de género.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, las **100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante **Acordada N° 24.023**, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

A nivel nacional la **ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios

en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. **Corte IDH, Caso del penal C. C. vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, M. C.”, entre otros).**

Sentado cuanto precede, entiendo que el sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional. Así, para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima C. C. y la sindicación que realizó del imputado J. O. P. como autor del hecho, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

En efecto, el a quo meritó que la versión de los hechos brindada por C. C. en Cámara Gesell fueron concordantes con lo manifestado por la niña en forma inmediata al acontecimiento del hecho a distintas personas y en distintos contextos, lo que constituyó para el juzgador –acertadamente a mi criterio– indicios de credibilidad del relato de la víctima C. C.. En este sentido, el sentenciante destacó que C. le relató lo sucedido a la enfermera que acudió a su domicilio debido al sangrado que presentaba apenas acontecido el hecho, reiterando sus dichos al enfermero mientras era trasladada en la ambulancia hacia el hospital. Ponderó también que le manifestó lo acontecido en los mismos términos a su madre, M. L., mientras se encontraba en el hospital.

Además, el sentenciante meritó que mientras la niña estaba internada en el hogar «Virgen Niña», refirió en una de las intervenciones grupales que había sido víctima de tocamientos por parte de una persona mayor. Al respecto, preciso que su abusador era vecino del barrio y mecánico de un taller, ello conforme lo declaró la encargada de la niña en el hogar, M. S. S..

Finalmente, la víctima reiteró la misma versión de los hechos en el marco del proceso judicial. Del mismo modo, el juez a quo ponderó que lo acontecido resultó congruente con el estado emocional que la niña presentaba en forma inmediata y posterior al hecho, circunstancia que –a criterio del sentenciante– también le otorgó credibilidad al relato de C. C. (fundamentos de fs. 282 y vta.).

Entiendo que los elementos de juicio precedentemente detallados –a mi entender relevantes y que no fueron objeto de crítica por parte de la defensa– fueron debidamente analizadas por el sentenciante y constituyen indicios de credibilidad del testimonio brindado por la víctima C. C.. Ahora bien, el censurante cuestiona que las licenciadas I. P. y V. D. C. sostuvieron que el testimonio prestado por C. C. y su hermana

A. C. cumplían con un porcentaje alto de credibilidad, pero no explicaron en qué consistían estas exigencias.

Agrega que durante el desarrollo del debate no pudo dilucidar tal extremo, ya que fue permanentemente interrumpido por el juez a quo, lo que afectó su derecho de defensa. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar. En primer lugar, se desprende del audio de la audiencia de debate, que el juez a quo en ningún momento impidió al recurrente ejercer en forma plena su labor defensiva. Las intervenciones del sentenciante fueron realizadas en ejercicio de sus facultades como director del debate, y con el fin de moderar la discusión (art. 384 del CPP).

En segundo orden, se desprende del referido audio que el recurrente no dirigió sus preguntas a dilucidar los puntos que constituyen objeto de impugnación en el presente recurso (min. 55'37") y, por otro lado, se advierte que las profesionales explicaron los criterios de credibilidad del testimonio de las niñas, como así también, contestaron las preguntas formuladas por el censurante (min. 51'49").

Ello se advierte de los fundamentos del dictum cuestionado, en donde el sentenciante explica los criterios de credibilidad del testimonio de la víctima C. C., aclarando que «[t]ales indicadores fueron relevados en el informe de fs. 185 vta., y muy solventemente explicados por la Licenciada I. P. en la audiencia de debate [...]» (v. fundamentos de fs. 283 y vta.).

Por otro lado, el censurante cuestiona que la licenciada V. D. C., consideró creíble el testimonio de la niña A. C. prestado en Cámara Gesell, pero, sin embargo, la fiscal en sus alegatos no consideró este testimonio por ser contradictorio con el prestado por A. en audiencia de debate.

Al respecto, me interesa destacar que no resulta admisible que el impugnante dirija su crítica a los argumentos considerados por el titular de la acción pública para sostener su acusación, por no constituir objeto de censura del presente recurso.

Así, conforme se ha señalado en otras oportunidades, la función de este Cuerpo consiste en verificar que, efectivamente, el juez de sentencia contó con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en la misma le cupo al encausado para dictar su condena, y que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, además de comprobar que aquella resolución se encuentra motivada de una manera lógica y convincente –según se deriva de lo dispuesto por el **artículo 8.2.h. de la CADH– (in re «Batalla Mattolini, Fernando David»).**

A lo señalado debe sumarse que el recurrente no explica en qué consistieron las contradicciones de A. C. en ambas testimoniales y de qué manera éstas desvirtúan el plexo probatorio analizado por el sentenciante. No obstante ello, se advierte de la sentencia impugnada que el juez a quo valoró adecuadamente el testimonio brindado por A. C..

Al respecto, indicó que la falta de precisión acerca de cómo había tomado conocimiento del hecho –lo que se lo atribuyó a situaciones de abuso que habría sufrido la propia testigo, conforme lo informado por la licenciada D. C.– no obstaba a considerar los datos incuestionables aportados por la testigo, tales como los comportamientos que tuvo C. en forma inmediata al acontecer criminoso. Por las mismas razones, no pueden prosperar los agravios referidos a las contradicciones que existirían entre el testimonio de la licenciada I. P. y la asistente social, en tanto no explica el recurrente en qué consistieron tales contradicciones y su impacto en la parte resolutive.

Tampoco puede prosperar el agravio dirigido a cuestionar el tiempo en que habrían acontecido los hechos. Entiendo que el sentenciante valoró adecuadamente este extremo.

Así, ponderó que era perfectamente posible que C. C. haya salido de la clase de apoyo escolar a las 15:30 hs., exactamente el mismo horario en que el imputado se retiró de la casa de su hija. Refirió que ambos se encontraron en el domicilio de O., el que queda a escasas cuadras del colegio, aproximadamente a las 15:40 o 15:45 hs. A ello agregó que el hecho se produjo en ese momento y, por su dinámica, debió insumir poco tiempo, apenas unos minutos.

Por tal razón, consideró que era absolutamente factible que el encartado luego del hecho, haya recorrido el corto trayecto que lo separaba del taller donde trabajaba, al que arribó aproximadamente a las 16:00 hs., todo ello considerando- tal como surge de la descripción de los hechos que conforman la hipótesis fáctica- que los horarios son aproximados.

Tampoco puede prosperar el agravio referido a la declaración del testigo aportado por la defensa, A. N. A., en tanto el quejoso no precisa de qué modo el a quo ha incurrido en arbitrariedad al meritar este elemento de juicio en el contexto valorativo.

No obstante ello, de la lectura de la sentencia cuestionada se desprende que el juez de grado valoró suficientemente el testimonio referido por la defensa, en tanto sostuvo que A. N., al igual que los testigos O. Z. y O. C., aseguraron no saber nada del hecho.

Aclaró que el testigo N. sólo declaró que estuvo en el taller donde trabaja J. O. P. en horas de la mañana, tal como lo reconoció el propio imputado en oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Por ello, y contrariamente a lo que sostiene el recurrente, entiendo que el testimonio brindado por N. no resulta relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación (fundamentos de fs. 290).

Por otro lado, tampoco puede tener acogida favorable el agravio dirigido a criticar la falta de constatación de lesiones en otras partes del cuerpo de la víctima, tales como las entrepiernas y los brazos, en tanto el recurrente omitió toda consideración a los argumentos desarrollados por el a quo en relación a este punto.

En efecto, el sentenciante concluyó que «[...] la prueba objetiva de carácter científica, respalda y abona la dinámica del hecho relatada por la niña, sobre todo al resultar compatible con la introducción digital en la vagina, y al presentar el sangrado activo [...] y ser éste proveniente del desgarró, lo que a su turno habla de la fuerza empleada por el imputado» (fundamentos de fs. 284 vta.).

Del mismo modo, el sentenciante relacionó el sangrado activo, con la versión brindada por la hermana de la víctima, A. C., quien sostuvo –tal como quedó acreditado– que tuvo que acudir a su vecina ante tal circunstancia, lo que motivó que llamaran a la ambulancia.

Finalmente, entiendo que tampoco puede tener acogida favorable el cuestionamiento realizado por el censurante, en tanto sostiene que el juez de sentencia no consideró la hipótesis de que el autor del abuso sexual a la niña haya sido su padre, un hermano o una persona conocida.

Así, surge del dictum cuestionado que el a quo en el punto cinco de la primera cuestión, y bajo el título «hipótesis defensiva no proveniente del imputado», analizó en forma pormenorizada la hipótesis sostenida por el recurrente en la etapa de los alegatos.

Al respecto, el a quo sostuvo que esta versión de los hechos no encontraba sustento probatorio en las pruebas incorporadas al debate. Así, precisó que «[...] aunque probable, tal versión, insisto, no surge de la prueba rendida y ni siquiera su mentor -el abogado defensor- interrogó a los testigos ni ofreció ni produjo prueba alguna a lo largo de todo el proceso, enderezada a acreditar tal especie» (v. fundamentos de fs. 287 vta.).

Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de

cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de O. P. en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien comparto las conclusiones a las que arriba el Ministro preopinante en el tratamiento de las cuestiones planteadas, entiendo oportuno realizar algunas breves consideraciones en orden al método de valoración probatoria en los supuestos de violencia de género.

En primer lugar, debo mencionar que ya he tenido oportunidad de expedirme con anterioridad sobre la cuestión en diversos precedentes (ver al respecto: **“Cruz Caporiccio”, “Merlo Lazza”, entre otros**).

En dichas ocasiones, al momento de la revisión en esta instancia extraordinaria de pronunciamientos jurisdiccionales emitidos sobre casos que resultaron encuadrados dentro de la violencia de género, destacué la necesidad de que “el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, **“Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”**”; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”.

En segundo lugar, debe señalarse que comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (**UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** - , **garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)**.

En ese sentido, debo mencionar que la interpretación que aquí propongo, resulta idéntica a la posición que vengo sosteniendo ya desde el ejercicio de mi magistratura como integrante de la entonces Segunda Cámara del Crimen de ésta Primera Circunscripción Judicial.

A modo de ejemplo, cabe la pena replicar aquí lo que ya expresado por quien aquí suscribe, en los fundamentos de la sentencia recaída en el marco de los autos N° **P-58.001/15 caratulados “Fc. c/ DÍAZ**

CASTRO, Diego Alberto p/Abuso sexual con acceso carnal agravado...”, cuando, en relación a la valoración de la prueba y la aplicación de la ley 26.485, sostuve que “[l]a reclamada aplicación de “la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, establecida en el inciso i) del art. 16 de la ley 26.485, dispuesta entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales, ha sido una disposición procesal marco nacional obligatoria en todo el territorio de la república, que sin perjuicio del acierto que entendemos de la misma, la realidad es que no modifica sustancialmente nuestro sistema procesal provincial, el cual tiene previsto en el art. 205 del C.P.P. que “todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes”.

Y agregué que “Esta libertad probatoria para ser correctamente aplicada requiere indiscutiblemente hacerlo teniendo en cuenta en una interpretación armónica del principio de igualdad, no como principio de igualdad formal que nació de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789...sino como principio de igualdad real, ya que al disponer nuestra Constitución Nacional la abolición de la esclavitud y no admitir prerrogativas de sangre, ni nacimiento, ni permitir fueros personales ni títulos de nobleza dispuso en el art. 16 que “Todos sus habitantes son iguales ante la ley” (que según la CSJN es la igualdad de los iguales en iguales circunstancias) y el art. 7 de la Constitución de Mendoza, que establece “Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniforme”. De esta manera nuestro Ordenamiento Jurídico ha puesto el centro en el ser humano que debe ser igual ante la ley.

Es nuestra Constitución Nacional la primera en el mundo en establecer el principio de igualdad con esta característica, luego lo hizo la de E.E.U.U. cuando en 1870 incorporaron las enmiendas decimotercera a decimoquinta. Y en Europa la primera es la Ley Fundamental Alemana de 1919, al proclamar en el art. 109.1 que “todos los alemanes son iguales ante la ley” (**M. Marta DIDIER; “El principio de igualdad en las normas jurídicas”; Marcial Pons; Buenos Aires, República Argentina; 2012; ps. 34/35).**-

Después de la segunda guerra mundial, se universaliza en los diversos tratados, entre los que podemos destacar los que tienen jerarquía constitucional: art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”); art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otro alguna”); art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”); art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”); inc. a) del art. 5º de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (“El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia”); la Convención sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que enaltece la igualdad entre hombres y mujeres y adopta disposiciones para garantizar la

igualdad en el goce de ellos y eliminar la discriminación contra la mujer. Ello, sin dejar de tener presente la Convención sobre los Derechos del Niño...”.

Debo destacar, asimismo, dos cuestiones: por un lado, que aquella sentencia fue confirmada por la Suprema Corte de Justicia, como consecuencia del rechazo del recurso de casación promovido por la defensa técnica del imputado Díaz Castro. Por otro, que esa interpretación la he mantenido en pronunciamientos en los que, ya como integrante de éste Cuerpo, he tenido oportunidad de manifestarme al respecto (in re “Morales Quiroga”).

En tercer lugar entiendo oportuno destacar que en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Ahora bien, en estricta relación con sus postulados, y en lo que aquí interesa, considero que ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento. Obviamente que ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que “[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías:

i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos [...]” (art. 16). Pero además de ese deber genérico, ya en el terreno que resulta propio a la actuación de los órganos de justicia dentro de los procedimientos jurisdiccionales penales, el texto legal contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores del sistema de administración de justicia en el abordaje de la problemática de género. En consonancia con el sistema de protección integral, se consagra el principio de «amplia libertad probatoria» para tener por acreditados “los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes” (art 31).

De este modo, al amparo de los dispositivos normativos mencionados, estimo que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos

jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas.

Es que, según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal-inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. En el mismo antecedente mencionado (“Morales Quiroga”) también me pronuncié en orden a las condiciones de vulnerabilidad como parámetro de interpretación probatoria, cuando sostuve que en los casos en que resulten comprometidas personas en “situación de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, los que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre lo ha hecho teniendo en cuenta las **“Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad” aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial”**.

Digo esto por cuanto no puede obviarse que los casos en que se juzgan conductas encuadrables como violencia contra las mujeres, claramente presentan matices que son absolutamente propios, y que hacen a la especificidad de las conductas positivas o negativas –acciones y omisionesque afectan la amplia gama de derechos que les son reconocidos a ese colectivo social.

Pero ello no debe ser entendido en el sentido de que nos encontramos ante una nueva modalidad de valoración probatoria, distinta per se a aquella que debe practicarse ante los demás tipos de delitos penales, en los que siempre la prueba debe ser interpretada de acuerdo al contexto.

Dicho de otro modo, es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo.

Desde esta perspectiva, estimo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer –ley N° 26.485-, resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres

entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. Por todas estas consideraciones, estimo que debe contestarse en forma negativa la primera cuestión planteada. ASI VOTO SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 296/305 vta. por la defensa técnica de J. C. O. P. y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 232 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

34- CAZORLA. 03-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
													N	474
VG	FP	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	N	353

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190903_FcCMJ.pdf

Lex: Art. 59 inc. 3, 62 inc. 2, 77, 67, 2° párrafo y 119 1 párrafo del CP; y arts. 353 inc. 4, 373 y concordantes del CPP. Art. 1° de la ley 25.188. Convención Interamericana Contra la Corrupción (incorporada por ley 24759). Convención Belém Do Pará.

Vox: VG. Abuso sexual simple. Prescripción. Nulidad. Función pública. Funcionario público.

Summa:

El TPC sobreseyó al acusado M.J.C. por haber operado la prescripción de la acción penal correspondientes a los delitos de abuso sexual simple investigados. (art. 59 inc. 3, 62 inc. 2 y 119 1 párrafo del CP; y arts. 353 inc. 4, 373 y concordantes del CPP).

El **Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal** del Valle de Uco y Menores de la Cuarta Circunscripción Judicial, interpone recurso de casación (fs. 181/191) contra la resolución proveniente del TPC.

El **Procurador General** mantiene el recurso interpuesto.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal, y en consecuencia, **anular** los fundamentos ensayados por el TPC, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el magistrado encargado de resolver el recurso de apelación presentado por la defensa del acusado, conforme con los agravios allí descriptos.

Resolución cuestionada: *Sentencia pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Rodríguez. 06-09-17
- Barroso Gómez. 17-08-18:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1NjQ=&tabla=c2M=>

El hecho de que los imputados al momento de los hechos participen de una función pública, desempeñándose como **agentes penitenciarios**, y también lo hacen al momento de dictarse la resolución recurrida, circunstancias éstas que justifican que el curso de la prescripción de la acción penal se vea suspendido intertanto los imputados continúen en ejercicio de la aquella función, evitándose así que la persecución penal se agote como consecuencia de las dilaciones u obstáculos que ellos puedan articular con esa finalidad.

A los efectos del derecho penal, los conceptos de **funcionario público y empleado público** se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia ésta que se constituye en la clave para atribuir esa calidad al agente

- Mirabile Santillán. 14-06-17.
- Concha, Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

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

(C.T.)

Fallo.

CUIJ: 13-04647726-4/1((018602-50484)) F. C/ C. M. J. P/ ABUSO SEXUAL (50483) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104731960*

En Mendoza, a los tres días del mes de septiembre del año diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04647726-4/1, caratulados "F. C/ C., M. J. P/ABUSO SEXUAL P/RECURSO DE CASACIÓN".

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

El Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal del Valle de Uco y Menores de la Cuarta Circunscripción Judicial, interpone recurso de casación (fs. 181/191) contra la resolución proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 2 (fs. 180), que sobreseyó al acusado M.J.C. por haber operado la prescripción de la acción penal correspondientes a los delitos de abuso sexual simple investigados en autos N° 50.483/2 y 50.484/2 (art. 59 inc. 3, 62 inc. 2 y 119 1 párrafo del CP; y arts. 353 inc. 4, 373 y concordantes del CPP).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- La resolución recurrida

En ocasión de resolver el recurso de apelación presentado por la defensa, contra el auto de procesamiento dictado por el entonces Primer Juzgado de Instrucción de la Cuarta Circunscripción Judicial (ver fs. 86/95 y fs. 123/12), el Tribunal Penal Colegiado N° 2 sobreseyó a M.J.C. por entender que había operado la prescripción de la acción penal correspondiente a cada uno de los delitos de abuso sexual simple por los que fuere acusado.

Para así decidir el tribunal a quo indicó, de modo previo, que la prescripción de la acción penal había sido planteada por la defensa del acusado como una excepción de previo y especial pronunciamiento, y dedicó diversos argumentos para resolverla sin extenderse sobre los demás agravios detallados en el recurso de apelación.

Así, indicó que la causal de suspensión del curso de la prescripción de la acción penal prevista en el art. 67 segundo párrafo del CP, no resultaba procedente. Ello, puesto que lo relevante a fin de decidir sobre la aplicabilidad de dicha causal de suspensión es el fundamento observado por el legislador al incorporarla al código de fondo.

Explicó que el sentido de la causal de suspensión referida es el de evitar que «la influencia que pueda llegar a tener el funcionario con respecto a la persecución penal por su vinculación política o la que fuera [...] impida la persecución penal y con ello pueda transcurrir el tiempo de duración de la pena».

Asimismo, indicó que «la disposición busca evitar que corra el término mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción. Por cargo público la norma no entiende cualquier empleo estatal sino el funcionario con jerarquía o proximidad al ejercicio de la acción suficiente para sospechar que puede emplear su autoridad o influencia para perjudicar el ejercicio de la acción». Con ello, afirmó que «ni surge del expediente, ni ha resultado probado en la instancia de apelación que pueda haber tenido alguna influencia el acusado para evitar la persecución penal a partir del desempeño de una función

pública como médico [...] en un hospital público»; razón por la que indicó que la causal de suspensión alegada por el representante del Ministerio Público Fiscal no podía ser aplicada.

Por esto, y en virtud de que tampoco avizó causales de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal desde el **último acto interruptivo**, el tribunal a quo sobreseyó al acusado respecto de los delitos de abuso sexual simple que se le atribuían (ver soporte audio visual acompañado correspondiente al día 5/12/2018).

II.- El recurso del Ministerio Público Fiscal

El representante del Ministerio Público Fiscal presenta recurso de casación contra la resolución antes individualizada, por considerar que contiene una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 474, inc.1 del CPP de la provincia de Mendoza).

Explica los antecedentes de la causa y da precisiones relativas a los hechos endilgados a M.J.C. Así, indica que éste fue acusado en los autos N° 50.483/2 y 50.484/2, originarios del entonces Primer Juzgado de Instrucción de la Cuarta Circunscripción Judicial, por la comisión de dos abusos sexuales simples cometidos el día 21/08/2013 contra las hermanas L.G. (menor de edad a la fecha de los hechos) y D.G., en ocasión en que ambas concurren a un control ginecológico en el Hospital público «G. L. H.» del departamento de Explica que en fecha 23/12/15, el Juez de instrucción a cargo de la investigación dictó sendos autos de procesamiento en las causas iniciadas y que en fecha 16/05/2017 la defensa del acusado presentó un recurso de apelación que dio origen a la audiencia en cuyo marco se dictó la resolución recurrida.

Según apunta el recurrente, el tribunal a quo declaró prescripta la acción penal en ambos expedientes en virtud de que no resultaba aplicable la causal de suspensión de la prescripción de la acción penal consagrada en el **art. 67, segundo párrafo del CP**.

Transcribe los argumentos esbozados por el tribunal de mérito en este sentido y los critica. Con apoyo de doctrina y jurisprudencia que entiende pertinente, el recurrente afirma que el ámbito en el que M.J.C. prestaba servicios profesionales al tiempo de la comisión de los hechos integra un servicio propio del Estado Nacional -la salud pública- y que, en virtud de ello, el acusado revestía la calidad de funcionario público. Analiza el fundamento del **art. 67, segundo párrafo del CP** y afirma que el texto no efectúa distingo alguno respecto del carácter o jerarquía del funcionario público, razón por la que debe concluirse que la suspensión prevista en la norma resulta aplicable para todos los casos en que el delito se haya cometido en ejercicio de la función pública, independientemente del nivel o jerarquía del cargo.

Recuerda lo prescripto en el **art. 1° de la ley 25.188**, de Ética en el ejercicio de la Función Pública, en tanto que allí se califica como «función pública» a «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos».

Asimismo, recuerda lo establecido en la **Convención Interamericana Contra la Corrupción (incorporada por ley 24.759)** cuando indica en su artículo primero que «funcionario público» será «cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos».

Con ello, sostiene que la clave para atribuir a un agente la calidad de funcionario radica en el ejercicio de una función pública, más allá de las condiciones de su designación o de las tareas que efectivamente desarrolle en la administración. Señala que el acusado sigue prestando servicios como médico

ginecológico en el hospital mencionado y que reunía, al tiempo de los hechos, las cualidades y calidades para ser considerado funcionario público.

Agrega que M.J.C. no podría haber cometido los hechos de abuso sin las facilidades otorgadas por el cargo que ostentaba y que éste mantiene influencias directas e indirectas sobre el personal del hospital en el que trabaja, razones que justifican la aplicación de la causal suspensiva de la prescripción de la acción penal.

En otro orden de ideas, indica que el tribunal a quo no ha explicado claramente su posición respecto de la aplicabilidad de la causal de suspensión analizada, toda vez que pareciera que consideró que no se encontraba vigente en la época en que sucedieron los hechos. Afirma que el motivo de suspensión previsto en el segundo párrafo del **art. 67 del CP se encuentra inalterado desde que fuera incorporado por la ley 25.188 (B.O.: 01/11/1999).**

Con lo dicho, además, sostiene que el a quo debió entender que el curso de la prescripción de la acción penal tampoco se encontraba cumplido en los autos 50.483/2, por investigarse allí la presunta comisión de un delito de abuso sexual cometido contra una menor de edad.

Ello, puesto que para la fecha de comisión del hecho (21/08/2013) se encontraba vigente la modificación incorporada por la ley 26.705 al art. 63 del CP (05/10/2011), que rezaba que, en supuestos de delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad, la prescripción comenzaba a correr desde la media noche del día en que éstos hayan alcanzado la mayoría de edad. Solicita la revocación de la resolución recurrida y formula reserva del caso federal.

III.-El dictamen del Señor Procurador General

Al contestar la vista conferida el Procurador General se remitió a los argumentos oportunamente dados por el Fiscal titular de la Unidad Fiscal del Valle de Uco y Menores, de la Cuarta Circunscripción Judicial, los cuales dio por reproducidos en honor a la brevedad.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

El núcleo del planteo traído a esta instancia es determinar si, como lo entiende el tribunal a quo, el curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos por los que fuese acusado M.J.C. ha operado y, consecuentemente, el sobreseimiento dictado en virtud de lo dispuesto en el art. 353 inc. 3 del CPP es adecuado; o, si le asiste razón al recurrente, en la medida que señala que la prescripción de la acción penal no pudo operar en virtud de encontrarse suspendido el plazo.

Sobre ello, adelanto mi opinión en el sentido de que la solución propiciada por el tribunal de mérito es inadecuada, razón por la que corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe anularse la resolución recurrida. Veamos.

La idea central de la solución criticada radica en que la aplicación de la causal de suspensión del curso de la prescripción, prevista en el **segundo párrafo del art. 67 del CP**, debe guiarse por el fin (o fundamento) seguido por el legislador al incorporarla a la legislación de fondo, y, consecuentemente, debe inquirirse por la influencia que el funcionario público involucrado pueda ejercer respecto de la persecución penal en el caso concreto, para impedirle o entorpecerla.

En relación con esta primera idea o premisa principal, el tribunal aludió a dos premisas secundarias para avalar el sobreseimiento del acusado.

Por un lado, dijo que la norma sólo es aplicable respecto de funcionarios públicos jerárquicos o con cierta proximidad a las autoridades encargadas del ejercicio de la acción penal, y no respecto de cualquier

empleado estatal, puesto que así se encuentra justificada la sospecha sobre el posible uso de la función pública para perjudicar la persecución punitiva.

Y, por otro lado, explicó que en el presente caso no se observaban rastros de influencia del acusado en la demora del trámite del expediente, razón por la que no podía afirmarse que «pueda haber tenido alguna influencia [...] para evitar la persecución penal a partir del desempeño de una función pública como médico en razón de serlo en un hospital público» (ver soporte audio visual correspondiente con la audiencia de apelación celebrada el 5 de diciembre de 2018).

Resumidos así los principales argumentos del tribunal de mérito, considero que le asiste razón al recurrente por las siguientes razones.

Preliminarmente, cabe recordarse que la norma objeto de controversia establece que “la prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público» **(ver art. 67 segundo párrafo del CP)**.

Esta causal de suspensión implica que, sin un presunto ilícito ha sido cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, el curso de la prescripción correspondiente a la respectiva acción penal se suspenderá en relación a todas aquellas personas sospechadas de haber participado en el hecho investigado mientras cualquiera de ellos que ostente la condición de funcionario público se mantenga en el cargo.

Esta norma, cabe advertirlo, no demanda para su aplicación un análisis previo de las posibilidades de influencia que el funcionario público involucrado pueda tener respecto de la persecución penal.

Sin embargo, para el caso en el que no se acepte la postura doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que la norma aludida resulta de aplicación automática, sino que debe determinarse si el cargo en cuestión permite efectivamente al imputado ejercer alguna influencia en el curso del proceso (como lo ha entendido el tribunal), es relevante aclarar lo siguiente.

Por un lado, entiendo que no resulta plausible la primera de las premisas secundarias indicadas por el a quo, que indica que la norma analizada se aplica solamente en el caso de funcionarios públicos jerárquicos o con proximidad a los funcionarios encargados de ejercer la acción penal.

A efectos de la aplicabilidad de la causal de suspensión del curso de la prescripción analizada en este caso, este Cuerpo ya ha dicho que, para entender el alcance de los **conceptos de «funcionario público» o «empleado público» en los términos definidos en el art. 77 del CP**, lo relevante es la participación del agente en el ejercicio de la función pública, lo que existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público, porque mediante sus actos expresan la voluntad estatal, sea formándola, o sea ejecutándola (ver **causa «Rodríguez»**, sentencia leída el 6 de septiembre de 2017).

En este sentido, debe recordarse que la **ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (que incorporó la causal de suspensión prevista en el art. 67, segundo párrafo del CP)**, atribuye al concepto de «funcionario público» un sentido amplio, puesto que regula un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Asimismo, no puede soslayarse que el concepto de «función pública», según establece dicha ley, queda delimitado por toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una

persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (ver ley 25.188, art. 1).

Por ello, lo que motiva el supuesto de suspensión del curso de la prescripción aquí analizado no es la condición de funcionario público en sí, sino la intervención en un hecho presuntamente delictivo de una persona que participa, accidental o permanentemente, del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, y cuya investigación podría verse obstaculizada por los privilegios que derivan del cargo que aquella desempeña, independientemente del grado de jerarquía que ostente (al respecto ver la **causa «Barroso Gómez»**, sentencia leída el 17 de agosto de 2018).

Dicho con otras palabras, a efectos del art. 77 del CP y del propiciado análisis sobre las posibilidades de influir en el devenir del proceso penal, la ley se contenta con que el hecho investigado haya sido presuntamente cometido en el ejercicio de una función de carácter público, y no con una diferenciación basada en categorías de rango.

En virtud de lo dicho, y atento a que las constancias incorporadas a la causa indican que el acusado se desempeñaba como médico ginecológico del hospital público «G. L. H.» de la ciudad de ... al tiempo de la comisión de los hechos por los que se lo acusa (es decir, en tanto que ostentaba un cargo público en el ejercicio de un fin estatal, como lo es la salud), puede afirmarse que las calidades especiales que demanda la norma analizada respecto del agente delictivo se encuentran debidamente acreditadas (ver declaraciones testimoniales de fs. 84 y fs. 85 y declaración indagatoria de fs. 58/61, incorporadas en autos N° 50.483.

Asimismo, ver declaración indagatoria de fs. 29/31 incorporada en autos N° 50.484). Por otro lado, respecto de la segunda premisa secundaria argüida por el tribunal a quo, no puede soslayarse que la naturaleza del análisis propiciado es de tipo prospectivo, es decir, un estudio sobre las dilaciones u obstáculos que el acusado pueda articular en el futuro, a fin de evitar el ejercicio de la persecución penal. En este aspecto, según advierto, el tribunal de mérito ha utilizado argumentos contradictorios, puesto que ha realizado un estudio retrospectivo de las constancias de la causa.

En efecto, al sostener que no surgía del expediente, ni de la actividad probatoria en la instancia de apelación, elemento alguno que indique que el acusado «pueda haber tenido alguna influencia» en la demora del expediente, el tribunal propició un análisis basado en una mirada pasada sobre el comportamiento del acusado, y no en uno basado en las posibilidades que facilitaría su cargo público para influir en el proceso.

Contrariamente a lo sugerido por el a quo, y aun siguiendo la posición por el propiciada sobre la necesidad de escudriñar la posibilidad de entorpecer el proceso penal a partir de las facilidades que otorga la función pública, considero que la aplicación de la causal de suspensión prevista en el art. 67, segundo párrafo del CP, se encuentra justificada en este caso.

En este sentido, vale recordar lo dicho por este Cuerpo en el precedente **«Mirabile Santillán»**, en el sentido de que «lo que motiva la persecución penal no es la condición de funcionario público en sí sino la participación de esa persona en la comisión de un hecho presuntamente ilícito, cuya investigación podría verse obstaculizada por los privilegios que se derivan del cargo que aquella desempeñaba, circunstancias que claramente justifican que el curso de la prescripción de la acción penal se vea suspendido inter tanto el funcionario continúe en ejercicio de su cargo, evitándose así que la persecución penal se agote como consecuencia de las dilaciones u obstáculos que él pueda articular con esa finalidad» (sentencia leída 14/06/2017).

Al respecto no puede dejar de destacarse que, si bien la investigación penal ya ha concluido, el debate oral y público aún no se ha efectuado -en virtud del planteo traído a consideración de esta Corte-, y, por lo tanto, aún no se ha producido la prueba pertinente en esta fase del proceso.

En este sentido, no puede soslayarse que el acusado continuaría cumpliendo funciones en el hospital público «G. L. H.» **de la ciudad de ... , nosocomio en el que prestaba funciones** en ocasión de producirse los hechos que le fueren endilgados.

Esta circunstancia revela que la posibilidad de ejercer alguna influencia u obstaculizar el proceso cobra relevancia, toda vez que el acusado mantiene proximidad con posibles elementos de prueba y vínculos con otros empleados del hospital, lo que constituye eventuales fuentes de injerencia ilegítima en el proceso penal.

Finalmente, y a modo de excurso, no puede dejar de resaltarse que nos encontramos frente a sucesos que implican serios compromisos asumidos por el Estado argentino, referentes al aseguramiento de un efectivo acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia y otros colectivos vulnerables. En efecto, conforme los estándares internacionales y regionales de protección de derechos humanos, L.G. y D.G. forman parte del colectivo de personas en situaciones de vulnerabilidad por ser mujeres -y, una de ellas, también por ser menor de edad a la fecha de los hechos-, razón que demanda una especial protección por parte de todos los agentes estatales a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y, especialmente, de los operadores del Derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Estas advertencias no resultan casuales, toda vez que el presente caso llega a esta instancia de revisión luego de una demora injustificable en la investigación de hechos que, prima facie, no demuestran complejidad capaz de enlentecer el proceso.

En este sentido, debe decirse que la solución propiciada por el tribunal de mérito no sólo contiene una aplicación inadecuada de la ley de fondo en materia de prescripción, sino que, también, desatiende que una investigación criminal diligente es calificada como garantía del derecho a la verdad, a las garantías judiciales y a la protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ver al respecto, informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, párr. 66, 13 de agosto de 2014).

Con ello, no puede olvidarse que el compromiso asumido por el Estado argentino en la adopción de todas las medidas necesarias para investigar seriamente hechos delictivos y, en su caso, sancionar a los responsables de los mismos, adquiere una particular relevancia en casos como el presente.

En efecto, al investigarse aquí delitos contra la integridad sexual de mujeres (y, especialmente, de una niña al tiempo de los hechos) y teniendo en miras que este tipo de ataques configura un patrón de manifestación histórica de la violencia de género, también se encuentra comprometida la diligencia estatal en la erradicación de este fenómeno (ver al respecto, causas «**Concha Jesús y ots.**» y «González Carlos, sentencias leídas el 20/09/2018 y el 04/10/2018).

En este orden de ideas, no puede soslayarse que la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional, a través de la «La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país de manera soberana mediante la sanción de la ley N° 24.632, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

Del mismo modo, que las «100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad», cuyo objeto es el de garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género, ha sido receptada por la Acordada N° 5/2009 de la CSJN y aprobada por esta Corte mediante Acordada N° 24.023.

En conclusión, por las razones expuestas precedentemente entiendo que los agravios deducidos por la parte recurrente deben ser recibidos en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, y en virtud de que el sobreseimiento por prescripción de la acción penal fue resuelto en el marco de una excepción de previo y especial pronunciamiento deducida por la defensa del acusado, corresponde anular los fundamentos ensayados por el tribunal a quo en este marco, revocar el sobreseimiento dictado y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el magistrado encargado de resolver el recurso de apelación presentado a fs. 123/124 por la defensa del acusado, conforme con los agravios allí descriptos. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. ASÍ VOTO. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 181/191 por el representante del Ministerio Público Fiscal.

2.- Anular los fundamentos ensayados por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 en el marco de la excepción de especial y previo pronunciamiento deducida por la defensa, revocar el sobreseimiento de M.J.C. respecto de los delitos de abuso sexual simple por los que se encuentra acusado, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el magistrado encargado de resolver el recurso de apelación presentado a fs. 123/124 por la defensa del acusado, conforme con los agravios allí descriptos.

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

35- GALDEANO ARAUJO. 18-03-19.

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

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189>

Lex: Art. 119, 1° y 2° párrafo y 55 del CP. Ley 25087. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Belem Do Pará» y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW, como también lo dispuesto en la Ley 26485. Art. 2 del CPP. Art. 240 bis del CPP.

Vox: Abuso sexual. Violencia de género. Determinación de la pena. Valoración probatoria. Agravante de la Guarda. Cámara Gesell. Consentimiento. derecho de defensa. Credibilidad y fabulación en los niños.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** de la 2° CJ condenó al señalado a la pena de **seis años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en la modalidad de delito continuado, y abuso sexual simple en concurso real (arts. 119, 1º y 2º párrafo del CP, según ley 25.087, y 55 también del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5569, pronunciada por el Primera Cámara del Crimen-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa: 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es
- Caso Bulacio c/ Argentina”. Sentencia 18-09-03. Serie C, N 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

Parágrafos destacados

El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atenta contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Delito abuso sexual gravemente ultrajante, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con el delito de abuso sexual simple (arts. 119, primer y segundo párrafo y 55 del CP, Ley 25.087).

La credibilidad de las declaraciones de las víctimas debe ser analizada en función de distintas circunstancias, las cuales no sólo fueron tenidas en cuenta por las distintas profesionales que entrevistaron a S.G. y K.B., sino que fueron explicadas en audiencia de debate por la especialista referida y consideradas por el sentenciante, al efectuar la tarea valorativa cuestionada.

El hecho que S.G. no presente lesiones vaginales o anales propias de la penetración, de ningún modo descalifican el relato de la niña, sino que éste hay que evaluarlo en el contexto de las situaciones vividas, en el marco de su edad cronológica y en lo relativo a su evolución y madurez (física y sexual)»

En lo que concierne a la supuesta imposibilidad de la defensa de interrogar, durante el juicio, a las especialistas que entrevistaron a la víctima en Cámara Gesell, no puede soslayarse que el propio letrado defensor, ante el pedido de la fiscalía de desistir de los testimonios de las licenciadas L. y E. –quienes entrevistaron a S.G.–, prestó su expresa conformidad y consintió la incorporación por lectura del informe que éstas habían realizado, todo ello conforme surge del acta de debate agregada a fs. 328. En virtud de lo cual, el agravio no puede prosperar, en tanto resulta contradictorio en sí mismo y desvinculado de las constancias de la causa.

Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho

(Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México). Ello, por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva que se cometen al amparo de la privacidad

Esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio *in dubio pro reo* no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

«... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

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

(C.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04349439-7/1((020501-120083)). F. C/ G. A. H. O. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE EN C. REAL CON ABUSO SEXUAL DOB. AGRAVADO CON ACCESO CARNAL COMETIDO P/ ENCARGADO DE LA GUARDA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104426108*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04349439-7/1 caratulada "F. c/ G. A., H. p/ Abuso Sexual s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio; segundo, Dr. Mario D. Adaro y tercero, Dr. Omar A. Palermo.

La defensa de H. O. G. A. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 5.569 (fs. 332 y vta.) y sus fundamentos (fs. 333/352 vta.), en cuanto condenó a su defendido a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, en la modalidad de delito continuado, y abuso sexual simple en concurso real (arts. 119, 1º y 2º párrafo del CP, según ley 25.087, y 55 también del CP); pronunciamiento dictado por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial en estos autos N° P2-120.083/16.

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

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, en relación a la causa N° P2-120.083/16, por entender acreditado «... que en fecha no precisada, en un período que va entre ... mediados del año 2006 y mediados del año 2012, la menor ... fue víctima de numeroso hechos de abusos sexuales, por parte del imputado H. O. G. A, los que consistieron en tocamientos de partes pudendas de la niña, como así también en otras partes del cuerpo pero con una clara intencionalidad libidinosa de parte del imputado, besos en la boca, tocamientos con el pene y frotamientos peneanos en zona vaginal y anal hasta el desahogo sexual del imputado (eyaculación), para luego hacer lavar a la niña en esas partes del cuerpo la que reconoció que al imputado le salía “algo blanco del pene, pegajoso...”.- Los hechos narrados ocurrieron siempre en el domicilio de calle de esta Ciudad de ..., en distintas partes de la vivienda, tales como un sillón, una silla, en el dormitorio, en el auto, y hasta en un galpón ...» (fundamentos, fs. 341 vta.).

Para así decidir, el sentenciante valoró la declaración de la víctima prestada en Cámara Gesell, las declaraciones testimoniales de sus progenitores, de la licenciada R. L. -Psicóloga del C.M.F.-, de las licenciadas G. E. y V. L. -profesionales del C.A.I.-, el informe de las psicólogas del Programa Provincial de Prevención y Atención Integral del Maltrato a la Niñez, Adolescencia y Familia; e inclusive el descargo formulado por el imputado en ejercicio de su derecho de defensa material.

En relación a la causa N° P2-96.893/14, tuvo por acreditado que «después a la noche fuimos a ver el desfile, creo que era la murga, y él por el imputado, primero me abrazó y yo estaba así (brazos cruzados) y él me abraza por la cintura, y movía la mano, pero nunca se pasó y después como que quiso meter la mano en el pantalón ... en el bolsillo del pantalón y ahí vi un huequito entre la gente y me fui ...» (fundamentos, fs. 345).

Para llegar a esa conclusión, valoró la declaración de K.B. en el CAI, la de I. M., G. O., G. M., del médico R. B., como también lo manifestado por los progenitores de la víctima de autos. Asimismo, se valoró lo informado por la psicóloga forense R. D. y las Licenciadas en Psicología G. E. y V. L..

2.- El recurso de casación de la defensa de H. G.

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Concretamente, considera que el tribunal aplicó erróneamente la ley penal sustantiva, esto es el art. 119, inciso 1° del CP, en tanto la conducta del imputado no se subsume en tal disposición y que, por ello, no hay delito.

Expresa que la valoración probatoria efectuada por el a quo no se ajusta a los principios de la sana crítica racional y que no se ha alcanzado el grado de certeza requerido para dictar una sentencia condenatoria

En ese orden, señala que el sentenciante ha hecho caso omiso de la declaración indagatoria del imputado, desacreditando en forma despectiva sus dichos. Sostiene que G. afirmó que él no tenía la posición de «guarda» respecto de la menor, aunque reconoció que era cierto que a la niña la dejaban en su casa, a cuidado de su esposa, G. C., pero por pocas horas y que nunca se quedó a dormir en la casa y tampoco estuvo solo con ella.

Afirma también que el a quo no ha valorado correctamente la declaración testimonial de la pareja del imputado, en cuanto negó que la posibilidad de los hechos de abuso que se le atribuyen a su esposo, ratificando la rutina laboral que aquél había mencionado y negando que hubiese sido el encargado de la guarda de S.G.

El impugnante cuestiona la declaración vertida por S.G. en Cámara Gesell, por entender que se contradice con el examen médico practicado en su persona, del cual surge que conserva su virginidad. Esta circunstancia, a su criterio, obliga a cambiar la calificación legal, ya que no existe acceso carnal.

En igual sentido, sostiene que no se pudo determinar la credibilidad del relato de la menor, toda vez que los profesionales que la entrevistaron en Cámara Gesell no estuvieron en el plenario y, en virtud de ello, esa defensa no pudo interrogarlos para saber qué método aplicaron. Asimismo, entiende que la declaración de la licenciada D. es nula porque, a pesar de no aportar ningún elemento de prueba y admitir que S.G. no le contó nada de los hechos, afirmó que su relato era creíble.

En relación al segundo de los hechos intimados, señala que la declaración de K.B. no se condice con el delito que se le atribuye a su defendido.

Finalmente, el recurrente sostiene que la pena impuesta a G. A. también debe ser revisada, teniendo en cuenta su falta de antecedentes penales, las circunstancias establecidas en los arts. 40 y 41 del CP y, en

especial, la influencia esgrimida en el plenario por comentarios de un hecho no probado, el relacionado con X.B.

En función de ello, considera que la sentencia cuestionada debe ser revocada.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

En oportunidad de emitir su dictamen, el Procurador General consideró que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación articulado.

Ello, en tanto entiende que el recurrente antepone la declaración del imputado y de su pareja al resto del plexo probatorio analizado, cuando el a quo contempló que el descargo carece de prueba objetiva, técnica o pericial que lo convalide.

Sostiene que el sentenciante basó su resolución principalmente en el testimonio de la víctima en Cámara Gesell, el que contó con el respaldo de los informes del CAI y en la declaración de la licenciada D. del CMF.

Finalmente, considera que la calificación legal atribuida es correcta y que la ausencia de lesiones en la menor no resultan contradictorias con los argumentos del a quo, quien explicó claramente la calificación.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

Analizada la resolución cuestionada y los agravios del recurrente, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido en favor de H. O. G. A, conforme se explicará a continuación.

De forma previa y a fin de ordenar el tratamiento de los agravios casatorios, cabe señalar que éstos se circunscriben a tres puntos centrales: a) valoración probatoria; b) calificación legal atribuida a los hechos investigados y c) determinación de la pena impuesta. En función de éstos será el análisis de la impugnación sometida a consideración de esta instancia.

a) Acerca de la ponderación de los elementos de prueba efectuada por el tribunal de juicio

En este orden, el recurrente cuestiona, por un lado, el mérito otorgado por el sentenciante a las declaraciones de las víctimas S.G. y K.B. (primer y segundo hecho, respectivamente), de G. C., de la licenciada D. del CMF y del imputado; y, por otro, considera que el a quo no ha alcanzado el grado de certeza requerido para el dictado de una sentencia condenatoria.

Al respecto, corresponde señalar que el caso bajo estudio aparece claramente enmarcado dentro de un supuesto de violencia de género, conforme surge de las constancias de la causa. Es por ello que el análisis del cuadro probatorio incorporado debe realizarse al amparo de las pautas establecidas en los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Belem Do Pará» y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW–, como también lo dispuesto en la Ley 26.485.

Así, la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 agosto de 2010, serie “C”, N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie “C”, N° 216, cf. párr. 100 y 89, respectivamente).

El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atenta contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores.

Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México). Ello, por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva que se cometen al amparo de la privacidad.

De esta manera, cada una de sus expresiones debe ser valorada con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa.

Sentado ello, bajo esos parámetros corresponde analizar los elementos de prueba incorporados a la presente causa.

En ese orden y en lo que a la declaración defensiva del imputado se refiere, cabe referir que aún cuando el recurrente critica la forma en que el a quo meritó los dichos de su defendido, lo cierto es que no explicita de qué modo considera que éstos debieron valorarse. No obstante, entiendo que la omisión denunciada no se verifica en los fundamentos bajo estudio.

En efecto, el sentenciante tuvo especialmente en cuenta la declaración de G., más no con el alcance pretendido por el recurrente. Así, luego de analizar sus dichos, el a quo consideró que «la versión del imputado es débil, sólo tiene anclaje en sus propios dichos, y cuenta con un frágil sostenimiento –más conceptual que real– de su pareja o concubina. El descargo carece de prueba objetiva, técnica o pericial que –de algún modo– pudiera convalidar apoyo» (fundamentos, fs. 336).

De igual manera fue abordada la declaración testimonial de G. C., pareja del imputado, quien en el mismo sentido que éste negó la existencia de los hechos que se le endilgan, ratificó la rutina laboral de aquél y puso de resalto una supuesta animosidad por parte de los denunciados. Sin embargo, se advierte que esta versión de los hechos no encuentra más sustento que en ambas declaraciones y no se condice con el resto del material probatorio incorporado a la causa.

Esta última afirmación es la consecuencia necesaria del examen pormenorizado que efectuó el a quo en relación a la declaración de las menores víctimas de autos y de los informes de los profesionales que las asistieron, como de la confrontación entre éstos y la hipótesis fáctica aportada por G..

En ese orden, si bien el impugnante cuestiona, desde distintos puntos de vista, el testimonio de la menor S.G., considero que los mismos no pueden prosperar, en tanto no se advierte ni en la producción ni en la valoración de tal elemento de prueba falencia alguna, máxime si se tiene en cuenta la entidad de esta declaración, conforme la perspectiva de género antes referida.

Así, cabe señalar que la defensa técnica del imputado estuvo presente durante la entrevista a S.G. en Cámara Gesell, oportunidad en la que se cumplió claramente con las disposiciones del art. 240 bis del CPP, conforme surge del acta de fs. 32. En virtud de ello, resulta claro que no se vio afectado el derecho de defensa, en tanto la Cámara Gesell se llevó a cabo con la presencia de las partes y de conformidad con los nuevos paradigmas del proceso penal, referidos a que deben articularse adecuadamente las normas dirigidas a la protección de niñas, niños y adolescentes con las garantías de toda persona sometida a proceso (LS 522-162).

En esa línea, el recurrente cuestiona también la valoración que los especialistas en salud mental realizaron del testimonio de la víctima y realiza una extensa argumentación de cómo debe evaluarse esa declaración, expresando su postura en relación a los parámetros de credibilidad y fabulación en los niños.

Al respecto, considero que la tarea llevada a cabo por el sentenciante resulta adecuada, puesto que derivó la verosimilitud del relato de S.G. de los informes psicológicos que se le practicaron y de las declaraciones de las profesionales que la asistieron, una de las cuales –la licenciada L. D.– además explicó durante el juicio las técnicas utilizadas para meritar la credibilidad de sus dichos. A lo que cabe agregar que «en sentido confirmatorio a la declaración de la víctima se expresó su madre» y que «el padre de la menor víctima ... en líneas generales fue coincidente con el testimonio brindado por su esposa ...», conforme hizo constar el a quo a fs. 338 y vta. de sus fundamentos.

En lo que concierne a la supuesta imposibilidad de la defensa de interrogar, durante el juicio, a las especialistas que entrevistaron a la víctima en Cámara Gesell, no puede soslayarse que el propio letrado defensor, ante el pedido de la fiscalía de desistir de los testimonios de las licenciadas L. y E. –quienes entrevistaron a S.G.–, prestó su expresa conformidad y consintió la incorporación por lectura del informe que éstas habían realizado, todo ello conforme surge del acta de debate agregada a fs. 328. En virtud de lo cual, el agravio no puede prosperar, en tanto resulta contradictorio en sí mismo y desvinculado de las constancias de la causa.

A idéntica conclusión se llega al analizar el planteo de nulidad referido a la declaración de la psicóloga del CMF, Licenciada D., basado en que, aún cuando la niña casi no habló en la entrevista, la profesional concluyó que su relato era creíble. Ello, en tanto la especialista, al declarar en audiencia de debate, dio un «cúmulo de precisiones ... en relación al examen psicológico de la niña S.G.B.» y efectuó un aporte «desde el punto de vista conceptual que permitió confirmar y consolidar las afirmaciones que se hicieron en torno a la credibilidad de lo relatado por la víctima» (fundamentos, fs. 340).

Esta declaración, al igual que las conclusiones vertidas por las licenciadas G. E. y V. L., fueron analizadas por el sentenciante bajo las pautas de la Técnica de Evaluación de la Validez del Testimonio (SVA),

entendiendo que esta «modalidad evidentemente fue tenida en cuenta» por las profesionales aludidas; «la primera de las nombradas ...al emitir su informe de fs. 107, como así también al verter explicaciones al respecto en su testimonial en el juicio, en tanto que las otras dos profesionales ..., al tiempo de concretar la declaración en el CAI y luego al redactar el informe que rola a fs. 34 de autos» (fundamentos, fs. 340 vta.). A ello cabe agregar que, aún cuando la entrevistada no hubiese aportado detalles del hecho investigado a la Licenciada D. –puesto que «ya había pasado por C. Gesell, y que ése relato está grabado» en lo que respecta a la víctima del primer hecho -S.G.-, y que K.B. –víctima del segundo de los hechos– «no hizo ningún relato de los hechos investigados manifestando su negativa» (fundamentos, fs. 339 vta. y 344 vta., respectivamente)-, la credibilidad de las declaraciones de las víctimas debe ser analizada en función de distintas circunstancias, las cuales no sólo fueron tenidas en cuenta por las distintas profesionales que entrevistaron a S.G. y K.B., sino que fueron explicadas en audiencia de debate por la especialista referida y consideradas por el sentenciante, al efectuar la tarea valorativa cuestionada.

En cuanto a la supuesta contradicción entre la declaración vertida por S.G y el examen médico de fs. 26/27, referida a que la víctima conserva su virginidad y que, en virtud de ello, no serían creíbles los abusos denunciados, corresponde señalar que el planteo ya fue introducido como parte del descargo efectuado por el imputado y, por ser así, tratado por el sentenciante en los fundamentos que se impugnan.

En ese sentido, resulta claro que las constancias del examen físico no resultan incompatibles con la declaración de la niña y tampoco con la calificación legal en la que los abusos fueron subsumidos. Ello, toda vez que la propia víctima manifestó que «él (por el imputado) no me había sacado la virginidad» y que «el hecho que S.G. no presente lesiones vaginales o anales propias de la penetración, de ningún modo descalifican el relato de la niña, sino que éste hay que evaluarlo en el contexto de las situaciones vividas, en el marco de su edad cronológica y en lo relativo a su evolución y madurez (física y sexual)», tal como expresó el a quo (fundamentos, fs. 341).

Respecto de lo relatado por K.B., víctima del segundo de los hechos endilgados a H. G., no se advierte en qué aspecto las circunstancias expresadas por la niña no tendrían correlato con el delito atribuido, tal como sostiene el recurrente. Así, teniendo en cuenta que «la declaración testimonial de K.B. posee elementos que lo tornan creíble» (fundamentos, fs. 345), la descripción que ella hizo de los tocamientos proferidos por el imputado resulta plenamente compatible con el delito de abuso sexual simple por el que fuera condenado, en virtud de que «fueron acciones voluntarias del imputado, hacia el cuerpo de la menor, contra la voluntad de ésta y ... violentando la libertad de indemnidad de la misma» (fundamentos, fs. 349 vta.).

En definitiva, considero que, el tribunal de juicio ha llegado al grado de convicción necesario para tener por acreditados los hechos objeto del proceso, basándose en la ponderación de los elementos de prueba, incorporados a la causa con la conformidad de las partes, conforme a las reglas que impone la sana crítica

racional con perspectiva de género; no advirtiéndose fisuras ni arbitrariedades en su razonamiento. Estas circunstancias ponen de resalto que los agravios casatorios dirigidos contra esa valoración no resultan más que un modo diverso de ponderar el plexo probatorio, el que, si bien resulta legítimo en razón del rol asumido, pero insuficiente para conmover el acto sentencial.

Por lo precedentemente expuesto, corresponde rechazar los cuestionamientos recursivos analizados en el presente apartado.

b) Sobre la calificación jurídica atribuida a los hechos investigados

En lo que concierne al encuadre jurídico en el que el a quo subsumió los hechos atribuidos a G., tampoco se advierte ninguna falencia que amerite su modificación.

Por el contrario, considero que las apreciaciones del recurrente no resultan atendibles en esta instancia, por no ajustarse a las constancias de la causa.

En efecto, tal como surge de la Sentencia N° 5569, agregada a fs. 332 y vta., y de lo expresado por el sentenciante en la segunda cuestión de sus fundamentos (fs. 345 vta./350), H. O. G. A fue condenado por el delito abuso sexual gravemente ultrajante, en la modalidad de delito continuado, en concurso real con el delito de abuso sexual simple (arts. 119, primer y segundo párrafo y 55 del CP, Ley 25.087).

Para así decidir, el tribunal de juicio «descartó el agravante de la GUARDA, que también se le había impuesto al encartado al tiempo del requerimiento de elevación a juicio» y, como se advierte del fallo citado, también el acceso carnal. Es que, según advierto, la calificación legal aplicada por el a quo es la correcta, conforme la conducta que tuvo por acreditada y de acuerdo a la detallada fundamentación que al respecto efectuó.

En función de ello, corresponde rechazar las apreciaciones del impugnante referidas a la inexistencia de penetración, así como a la falta de calidad de guardador de su defendido, considerando que la condena recaída contra el imputado no responde a esas figuras penales.

c) Acerca de la determinación de la pena impuesta

En lo que a la individualización de la pena concierne, cabe señalar que, si bien la defensa de G. aduce una errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del CP, lo hace de forma genérica y sin explicitar las falencias que motivan su agravio.

Sin perjuicio de ello, se advierte que el sentenciante ha realizado un circunstanciado análisis de las condiciones objetivas y subjetivas establecidas por la norma aludida, a fin de determinar la pena justa a imponer.

Así, entre las primeros, el a quo se refirió a la naturaleza de la acción, entendiendo que «los hechos – desde una perspectiva objetiva– no autorizaban una consideración de los mismos como de alta gravedad; de allí que resulte razonable la medida de sanción peticionada por el Fiscal, por cuanto sitúa la pena en cuestión en el primer cuarto de la escala penal»; y a la extensión del daño, expresando que respecto a S.G. «la consideración debe ser gravosa», mientras que en relación a K.B. el hecho «no excede ...las condiciones propias de un abuso sexual simple, y de allí su consideración de limitación al mínimo de la sanción que la figura penal establece» (fundamentos, fs. 351 y vta.).

Y, entre las segundas, luego de analizar detalladamente cada una las circunstancias personales del imputado, consideró que «sus condiciones laborales y de vida social y familiar lo ponen en un lugar de mayores expectativas en cuanto al cumplimiento de las normas; por lo cual, bien podía el encartado haber ajustado sus conductas a las exigencias legales» y que, teniendo en cuenta que «el imputado tenía un cierto vínculo familiar con la víctima ... y que además había una habitualidad en el trato con la menor ... resulta más reprochable el accionar del imputado» (fundamentos, fs. 352).

Como se advierte, las consideraciones de mención nada tiene de arbitrarias y resultan suficientes a efectos del mantenimiento de la sentencia como acto procesal válido, por lo que los agravios casatorios analizados en este punto también deben ser rechazados.

Por lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión sometida a consideración.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Omar A. Palermo adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto. Dr. Llorente. Adhiere. Ampliatorio.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de G. A.. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (ver «**GaldeanoReyes**», «**Merlo Lassa**», «**Concha, Jesús**», entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: I) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y II) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden

jurídico quebrantado por dichas violaciones (cfr. Corte IDH, “**Caso Bulacio c/ Argentina**”. Sentencia del **18 de setiembre del 2003**. Serie C, N|100.Voto razonado del Juez CancadoTrindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASÍ VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

Resuelve:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 355/366 de estos obrados por la defensa de H. O. G. A y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 5.569, dictada por la entonces Primera Cámara del Crimen, de la Segunda Circunscripción Judicial.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO - Ministro

DR. OMAR A. PALERMO - Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO - Ministro

36- PEREZ. 19-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	NNA	AFC	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190919_FcPE.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° párrafo inc. b); 189 bis, 2° apartado 1° párrafo y 55 del CP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará. CEDAW. Arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Vox: VG. Abuso sexual. Valoración de la prueba. examen del acusado. Exámenes psicológicos de las menores. Declaraciones testimoniales de las víctimas. Derecho de defensa. Violencia de género. Valoración de testimoniales. Nulidades.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión**, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por el vínculo y por la guarda de un menor de edad, en un número indeterminado de hechos en concurso real con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (artículos 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo supuesto B); 189 bis, 2° apartado primer párrafo y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. P.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 525, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruiz Díaz.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

Parágrafos destacados

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas

desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Aquellos elementos ahora cuestionados fueron consentidos por las partes, en tanto no fueron cuestionados durante el proceso.

La denuncia del hecho delictivo, como otros anoticiamientos a la justicia, no requiere la presencia de la defensa en tanto es la etapa preliminar de formación de la causa. Por su parte, debe decirse que los informes psicológicos de las víctimas fueron practicados al comienzo de la investigación cuando E. P. aún no estaba formalmente imputado.

Se notificó a la defensa de la realización de un amplio examen psicológico y psiquiátrico de E. P. M.. Tampoco en este supuesto la defensa cuestionó la realización de la medida, ni su resultado. Por ello considero que no se configura vicio alguno que haga procedente la nulidad propuesta por la defensa.

El tribunal de sentencia ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas.

La víctima del delito investigado en esta causa es titular de una especial protección por ser niña y por ser mujer. Se trata de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa y que demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que, históricamente, ha sido objeto. En concreto, una situación de vulnerabilidad que imprime a los operadores del derecho el deber de ser diligentes en la investigación, y de adoptar el enfoque de género en el análisis de estos casos.

Es por esto que el art. 16, inc. i de la ley 26.485 dispone que se debe garantizar a la mujer «[...] la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos». En definitiva, considero que en la presente causa se ha dado cumplimiento a la diversa normativa nacional e internacional en materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva al hecho cometido (art. 16, inc. b de la ley 26.485).

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

(C.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04641823-3/1((038601-40072)) FC/P. E. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE... (40072) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104725711*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04641823-3/1 caratulada "F. C/ P., E. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

La defensa particular de E. P. interpone recurso de casación (fs. 101/104) contra la Sentencia N° 525 (fs. 78/79) en tanto lo condenó a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, agravado por el vínculo y por la guarda de un menor de edad, en un número indeterminado de hechos en concurso real con el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (artículos 119 primer párrafo en función con el quinto párrafo supuesto B); 189 bis, 2° apartado primer párrafo y 55 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio en lo pertinente para la resolución de la queja, ha tenido por acreditado los hechos que dieron lugar a la causa N° 40. 071/18, en la que resultó víctima C. I. D. y en la que el imputado le tocó la vagina y el pecho por arriba de la ropa, en otra ocasión vagina y genitales también por sobre la ropa. Estos hechos ocurrieron en los años 2006 y 2007, cuando la víctima tenía 9 años de edad, mientras se encontraba de vacaciones en casa del imputado. De igual manera, en la causa N° 40072, el tribunal de sentencia tuvo por probado que el imputado abusó sexualmente de J. V. D. cuando tenía 4 años de edad en circunstancias en que la menor se encontraba de vacaciones en la casa del imputado. El abuso consistió en manoseos hacia la menor y en otra ocasión haberle tocado la vagina por debajo de la ropa, estos hechos ocurrieron en los años 2003 y 2004 y se repitieron en varias oportunidades. En relación a la causa N° 167839, que tuvo como víctima a E. M. D., el tribunal tuvo acreditado que esta fue abusada por su abuelo y los abusos se produjeron cuando la menor tenía 11 años cuando la menor estaba de vacaciones en casa de su abuelo y sucedieron en el año 2009. Los abusos consistieron en tocarle la vagina por encima de la ropa, mientras el resto de la familia dormía y en otra ocasión se le acercó y manoseó sus genitales y piernas. El tribunal de juicio calificó estos hechos como abuso sexual simple agravado por el vínculo y por la guarda de un menor de edad, en un número indeterminado de hechos en concurso real y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil. Para así decidir, el juzgador valoró las declaraciones testimoniales de las víctimas C. I. D., de J. V. D. y de E. M. D., los informes psicológicos de fs. 17 (J. V., causa N° 40072; M. D. P., fs. 34 autos P- 167839; fs. 17 autos 40071 y las testimoniales de C. y de Y. C..

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por considerar que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal. Luego de efectuar un relevamiento de todas las constancias de la causa N° 40.072/ 18 y acumulados considera que E. P. estuvo indefenso durante toda la investigación penal preparatoria, y que toda la prueba pericial dirimente fue llevada a cabo sin control alguno. Expresa que dicha situación intentó ser subsanada por un control posterior a los actos periciales, lo cual transgrede la necesidad de inmediatez que requiere todo control en la pericia psicológicapsiquiátrica, cuando no existía urgencia para la realización de las mismas.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs.- 152/153 y vta., el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado, en base a las siguientes consideraciones. Respecto del cuestionamiento de las testimoniales entiende que más allá de su denominación, al momento de recibirlas, las víctimas C. D. y J. D. en realidad formalizaron la denuncia de los hechos objeto de esta investigación.

De igual manera sucede con las pericias ordenadas que constituyen un informe técnico en tanto tienen por fin constatar el estado psicológico de una persona que denuncia un hecho, por lo que no se trata de pericias con carácter dirimente o irreproducible en tanto es claro que las mismas pueden ser reproducidas por la defensa si lo cree conveniente y en tanto no suponga una revictimización de las agraviadas por el delito.

Por ello considera que las pericias de constatación del estado psicológico de las denunciadas no son irreproducibles y son necesarias para la constatación de la existencia del hecho denunciado, por lo que se trata de medidas de investigación previas a la imputación, por lo tanto la notificación de la defensa no es necesaria.

Sin embargo no sería el caso de las pericias cuestionadas en las cuales se notificó a la defensa oficial remitiéndole copia del decreto que ordenaba la pericia, copia de la denuncia y del oficio librado para la pericia. En la misma dirección considera que la pericia psíquica del imputado prevista en el art. 97 del CPP, se trata de una constatación del estado psíquico del presunto autor de los hechos, que tampoco es irreproducible.

Por ello considera que si la defensa que asumió su ministerio el 25 de junio de 2018, no efectuó ningún planteo de nulidad, significa que consintió la validez de los actos, precluyendo su derecho con la finalización de la etapa investigativa.

Por último puntualiza la falta de interés jurídico del planteo, ya que no existe la mención de vicios en el contenido de las pericias, que ameriten de alguna forma duda de su calidad técnica o de las conclusiones a que arriban los peritos, de modo que se trata de una nulidad por la nulidad misma.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Llorente. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Dicho cuanto precede entiendo necesario formular algunas consideraciones respecto de las menores víctimas y al grado de vulnerabilidad de las mismas conforme surge de las constancias de autos.

En este sentido, en el precedente registrado en CUIJ N°... caratulado «Concha, Jesús», esta Sala ha señalado -en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas- que «se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado se ha sostenido que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17)».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por las víctimas, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. Veamos.

A fin de dar respuesta al planteo casatorio entiendo, en primer lugar, que corresponde efectuar la revisión de la sentencia cuestionada y dilucidar si el a quo ha dado cumplimiento a las exigencias de índole formal para su validez y en segundo lugar, lugar abordar las cuestiones relativas al derecho de defensa y la garantía de defensa eficaz que, según el recurrente, ha sido conculcada. En cuanto al primero de los aspectos encuentro, según surge del registro audiovisual, el juzgador ha dado cumplimiento a las exigencias formales que legitiman el acto jurisdiccional impugnado. En efecto, el a quo, luego de circunscribir minuciosamente las causas, entendió que los hechos narrados estaban acreditados, excepto en algunas circunstancias.

Para ello tuvo en cuenta esencialmente el testimonio de las víctimas. En ese sentido consideró que cada declaración presentaba rasgos de verosimilitud, a la vez que aparecen coherentes, precisos, sostenidos en el tiempo.

Para el juzgador estos testimonios dieron cuenta de circunstancias que revelaban de manera veraz cómo las menores fueron sometidas a abusos sexuales por parte del imputado. Así, en relación a Erica narró que el imputado esperaba a que su esposa que tomaba remedios para el sueño, se fuera a dormir, y aprovechándose de esa circunstancia se acercaba a ella para llevar adelante los abusos. Similares extremos constató en el testimonio de C., que dio cuenta que P. le manoseaba la vagina y los pechos, lo mismo puede decirse en el caso de V.. Así puede decirse que las víctimas narraron las sensaciones que tuvieron y las circunstancias en que se produjeron los hechos.

También en el caso de V.. Cada una de ellas fue narrando las circunstancias de tiempo, modo y lugar y dan las pautas y aportan indicios de significativo valor convictivo. El juez de sentencia consideró que cada uno de ellos tenía verosimilitud, aparecían coherentes, precisos, sostenidos en el tiempo, en tanto describían haber sido tocadas cuando ellas estaban solas. Estos elementos se repiten en los casos de abusos de menores. En esta misma dirección el juzgador descartó que las menores tuvieran un interés económico y que éste fuera el móvil que las llevó a formular la denuncia. Esta hipótesis defensiva fue descartada en cuanto el a quo consideró que las menores mantuvieron un significativo silencio, incluso entre ellas.

Tuvo en cuenta que las primeras que hablaron entre sí fueron C. y E., pero básicamente mantuvieron silencio y tiempo después conversaron con V., cuando ya no querían ir a la casa de su abuelo, pero de ninguna manera advirtió la existencia de una confabulación para perjudicar al imputado. Otro elemento de no menor relevancia es que el juez pudo advertir que las víctimas narraron sólo lo que vivenciaron, sin agregar detalles o circunstancias que pudieran perjudicar al imputado. En igual sentido y decisivo para la adquisición de certeza, fueron los informes psíquicos de las víctimas. Según surge de ellos, y como destaca el a quo, todas ellas mantuvieron un discurso con elementos de veracidad, presentaron indicadores de haber vivido episodios de contenido sexual, y se pudo advertir una preocupación en relación a su progenitora, dato que a criterio del a quo descartó que las menores hubieran sido manipuladas por su progenitora, como lo afirmó la defensa técnica del encartado.

Los informes de C., de J. y de I. resultan coincidentes no presentan tendencia a la manipulación o mitomanía. Y presentaron claros indicadores de haber vivido episodios con contenido sexual. Además, debe señalarse que aquellos elementos ahora cuestionados fueron consentidos por las partes, en tanto no fueron cuestionados durante el proceso.

Por último, otro elemento probatorio relevante para el a quo fue el informe de fs. 35, agregado en la causa N° 40.071/18 que concluyó que el imputado tenía las características específicas de un abusador y, en lo que interesa destacar entre las partes pertinentes, el sentenciante enfatizó la necesidad de empatizar por parte de P., que éste se colocó en posición de víctima y formuló juicios de valor respecto de las denunciadas, restándole importancia a las versiones brindadas, evidenciando una escasa capacidad de "inside", de autocrítica, y de entender al otro, con rasgos narcisistas y sicopáticos. Estos rasgos de escaso control de los impulsos y escasa madurez emocional, a criterio del a quo resultaron compatibles con los hechos que se le atribuyeron.

En conclusión del análisis precedente, corresponde reiterar que la condena se ha sustentado en pruebas sólidas que han sido valoradas correctamente por el juez de anterior instancia, debiendo en consecuencia rechazarse las alegaciones de la defensa al respecto pues no guardan relación con las constancias del expediente, ni rebaten las conclusiones a las que arribara el tribunal a partir de la valoración de las mismas.

El segundo aspecto que corresponde considerar es el relativo a la supuesta violación del derecho de defensa de E. P., en tanto su defensor técnico refiere que no ha existido una efectiva asistencia legal. El letrado expone su agravio cuestionando una serie de actos, tales como las declaraciones testimoniales de las víctimas y luego, de manera genérica, aduce afectación del derecho a una defensa eficaz. De este modo, el defensor considera que no se garantizó el derecho de defensa de P. en tanto no existió un debido control de determinados actos, tales como las declaraciones testimoniales de las víctimas, los exámenes psicológicos de las menores, como así el examen del acusado dispuesto conforme las previsiones **del art.**

97 del CPP.

Según entiendo, el agravio se construye en base a una serie de apreciaciones personales, que carecen de sustento en las constancias de la causa. Esta falencia se advierte cuando el defensor técnico de P. expresa que no pudo controlar las declaraciones testimoniales de las víctimas, pero lo cierto es que la defensa cuestiona la formalización de la denuncia de C. D. y de J. D., denuncia que generó la extracción de compulsas y que dio lugar a la formación de las causas N° 40.071/18; 40.072/18 y 167.839/18. Al respecto comparto el dictamen del Procurador cuando sostiene que la denuncia del hecho delictivo, como otros anoticiamientos a la justicia, no requiere la presencia de la defensa en tanto es la etapa preliminar de formación de la causa. Por su parte, debe decirse que los informes psicológicos de las víctimas, fueron practicados al comienzo de la investigación cuando E. P. aún no estaba formalmente imputado.

Más allá de lo señalado, debe destacarse que, como surge de los autos N° 40.071 y 40.072, se notificó a la defensa oficial de los exámenes a realizarse, con copia del decreto que los ordenaba, de la denuncia y del oficio librado al respecto, sin que el defensor técnico cuestionara u observara la realización de la medida. El otro cuestionamiento de la defensa se circunscribe al examen psíquico del imputado (fs. 67, autos N° P-40.072; fs. 99, autos N° P- 40.072/18).

Debo señalar al respecto que se notificó a la defensa de la realización de un amplio examen psicológico y psiquiátrico de E. P. M.. Tampoco en este supuesto la defensa cuestionó la realización de la medida, ni su resultado.

Por ello considero que no se configura vicio alguno que haga procedente la nulidad propuesta por la defensa. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de E. P.. Ahora bien, en particular, entiendo oportuno destacar que el tribunal de sentencia ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas. En función de ello y por ser aplicables al caso, debo mencionar algunas consideraciones realizadas en diversos precedentes en particular “Concha Jesús”, “Galdeano Reyes”, “Ruiz Rojas” entre los más relevantes. En este caso entiendo importante destacar que el tribunal de sentencia ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicables en casos de violencia contra las mujeres y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas. Resultan aplicables al caso bajo estudio, las consideraciones formuladas en el precedente “Ruiz Díaz”, donde sostuve que conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima del delito investigado en esta causa es titular de una especial protección por ser niña y por ser mujer.

Se trata de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa y que demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal a fin de prevenir la violencia de la que, históricamente, ha sido objeto.

En concreto, una situación de vulnerabilidad que imprime a los operadores del derecho el deber de ser diligentes en la investigación, y de adoptar el enfoque de género en el análisis de estos casos. De esta manera, se cumple con la garantía reconocida en el bloque constitucional argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia a las víctimas y sus familiares -arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- (ver causa «F. y Querellante c/Concha Jesús», sentencia leída el 20/09/2018).

Sobre este punto no puede soslayarse, que el hecho por el que el acusado fue condenado constituye un supuesto de violencia sexual contra la mujer y que, por ello, se impone el deber de diligencia por parte

del Estado en la prevención, erradicación y sanción de este tipo patrón de conducta. Asimismo, que el hecho ha sido cometido contra una niña y que el reconocimiento de este tipo de hecho conlleva la necesidad de que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -«Belem Do Pará»-, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -«CEDAW»-; como así también, los lineamientos contenidos en la ley 26.485, destinada a la protección integral de las mujeres (ver al respecto, la causa «**F. c/Galdeano Reyes**», sentencia leída el 31/07/2018).

Este criterio es el que, acertadamente, ha seguido el tribunal de juicio al momento de la ponderación de los diversos elementos de convicción obrantes en la causa. Según entiendo, especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos y en particular en los casos de violencia contra la mujer, la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba no puede prescindir de otorgar singular relevancia a su testimonio.

En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental (ver Corte IDH, caso «Fernández Ortega y otros. vs. México», sentencia del 30/08/2010, serie “C” N° 215 y caso «Rosendo Cantú y otra Vs. México», sentencia de 31/08/ 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente).

El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el investigado resulta incuestionable, no solamente porque resultan sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores y, por lo tanto, no se puede esperar en todos los casos la existencia de pruebas gráficas o documentales (Corte IDH, Caso «Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 31/08/ 2010, párr. 89).

Es por esto que el art. 16, inc. i de la ley 26.485 dispone que se debe garantizar a la mujer «[...] la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos». En definitiva, considero que en la presente causa se ha dado cumplimiento a la diversa normativa nacional e internacional en materia de protección de las mujeres contra actos de violencia, constituyendo la sentencia que aquí se confirma una respuesta oportuna y efectiva al hecho cometido (art. 16, inc. b de la ley 26.485). ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento en relación a la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. P.

- 2.-Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
3. Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de septiembre de 2019.

37- FERNANDEZ. 26-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	M	NNA	-	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474 463

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190926_FcFSL.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo y 42 del CP. Art. 416 inc. 3 y 4, 463 del CPP. Art. CPP. Ley 26485.

Vox: VG. NNA. ASI. Abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa. Recurso de reposición in extremis. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima. Monto de la pena. Violencia de género. Doble condición de vulnerabilidad. Perspectiva de género.

Summa:

El **TPC N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial** condenó al señalado a la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (arts. 119 tercer párrafo y 42 del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), el que fue rechazado formalmente por extemporáneo. Contra dicha resolución, la defensa presentó «recurso de reposición in extremis» y solicitó se revoque la resolución cuestionada por entender que para llegar a tal solución la Corte no consideró que mediante Acordada N° 29.022 se declaró para la tercera circunscripción la inhabilidad del día 8 de noviembre del 2018, en virtud de la cual el plazo para la interposición del recurso en cuestión vencía a las 9:30 hs. del día 14 de noviembre del 2018 (secretaría especial) y, por tal motivo, el recurso intentado en aquella oportunidad fue debidamente interpuesto.

El **Procurador General** aconsejó el rechazo formal del recurso, por haber sido presentado en forma extemporánea. En forma subsidiaria, entendió que debe ser rechazado en lo sustancial, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad y tampoco una errónea aplicación de la ley penal sustantiva

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de reposición interpuesto, y rechazar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 448 pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b- CIDH

- Caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú. 25-11-06: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantu y Otra Vs México. 12-03-20: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf
- Caso Bámaca Velázquez vs Guatemala. 25-11-00: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_70_esp.pdf

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=244

- Caso Fernández Ortega y otros vs México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf

c- CSJN

- LS 473-163
- LS 464-080
- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

Párrafos destacados:

“En este punto, me interesa destacar que conforme los estándares internacionales y regionales, la niña B. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de estas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto. De este modo, los operadores del derecho tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. “

“Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver «Concha, Jesús y ots.»).”

“Expresamente señalé en el citado precedente que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».”

“En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).”

“Por su parte, conviene recordar que a nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.”

“Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener que «el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «la invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Llorente.

(A.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04862569-4/1((018601-6743)) INCIDENTE EN AUTOS N° 13-04627885-7/1 FC/ F. S. L. E. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (6743) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN P/ RECURSO REPOSICION IN EXTREMINIS *104945691*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04862569-4/1 (incidente en autos N° 13-04627885-7/1), caratulada "F. C/ F. S., L. E. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado L.E.F.S., interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 448 (fs. 653/654) y sus fundamentos (fs. 659/668 y vta.), por cuanto condena a su asistido a la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (arts. 119 tercer párrafo y 42 del C.P.), pronunciamiento dictado por voto mayoritario en la causa N° 6.743/18 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial. A fs. 720/722 esta Suprema Corte de Justicia rechazó formalmente el recurso de casación, por entender que había sido interpuesto en forma extemporánea.

Contra esta resolución la defensa presenta «recurso de reposición in extremis» y solicita se revoque la resolución cuestionada por entender que para llegar a tal solución, este Cuerpo no consideró que mediante Acordada N° 29.022 se declaró para la mencionada circunscripción la inhabilidad del día 8 de noviembre del 2018, en virtud de la cual el plazo para la interposición del recurso en cuestión vencía a las 9:30 hs. del día 14 de noviembre del 2018 (secretaría especial) y, por tal motivo, el recurso intentado en aquella oportunidad fue debidamente interpuesto. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso de reposición planteado por la defensa del acusado?

SEGUNDA: de responderse de manera afirmativa la primera cuestión, ¿es procedente el recurso de casación interpuesto?

TERCERA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

CUARTA: pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Debidamente examinados los requisitos o presupuestos que hacen a la procedibilidad formal del recurso de casación oportunamente interpuesto por la defensa, entiendo que corresponde revocar por contrario imperio la resolución obrante a fs. 720/722 y, en su consecuencia, admitir formalmente el recurso de casación interpuesto a fs. 685/703 por la defensa del imputado F.S.

En efecto, y tal como surge de la Acordada N° 29.022, se declaró la inhabilidad del día 8 de noviembre del 2018, circunstancia que no fue advertida por esta Corte al momento de considerar la admisión formal del recurso interpuesto. De este modo, el art. 480 del C.P.P. fija el plazo para la interposición del recurso extraordinario de casación en quince días contados desde que la resolución cuestionada es notificada.

En autos, el cómputo del plazo ha de contarse desde la lectura de los fundamentos del fallo, situación que conforme surge del punto VII (fs. 603 vta.), se diririó para que se lleve a cabo el quinto día hábil posterior al de la sentencia. Conforme constancia de fs. 658, aquella se realizó, con la presencia del imputado, el 22

de octubre de 2018, lo que determina que el plazo para la interposición de la vía recursiva intentada, teniendo en cuenta la inhabilidad referida, precluye durante las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente al del vencimiento (por secretaría especial), esto es, a las 9:30 hs. del día 14 de noviembre del mismo año. En razón de que según constancia de fs. 703, el escrito casatorio se presentó el 14 de noviembre del año 2018 a las 8:30 hs., el remedio intentado cumple con los recaudos establecidos en el art. 455 en función con el art. 480 del CPP. Por tal motivo, corresponde dejar sin efecto la resolución dictada a fs.720/722, admitir formalmente el recurso de casación interpuesto a fs. 685/703 por la defensa del imputado Fernández Serione y dar tratamiento en el fondo. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «el día 25 de enero del año 2018, en horas de la madrugada, L.E.F.S le dio a la víctima B. F. C. –de 12 años de edad–, divesas bebidas alcohólicas, cocaína, marihuana y clonazepan, tras lo cual las condujo en su rodado hasta la zona de ..., donde siendo aproximadamente las 18:00 hs. del mencionado día, en momentos en que se encontraban en el interior del automóvil marca ..., dominio ..., color gris, propiedad del sindicato, el cual estaba estacionado sobre una huella del circuito de cuatriciclos, ubicado aproximadamente a cien metros de calle ..., distrito de ..., departamento de ..., es que L.E.F.S llevó al asiento trasero del rodado a la víctima, le dio besos en la boca, e intentó acceder a la víctima en momentos en que se encontraba sobre la niña en el asiento trasero del mencionado vehículo, no logrando su cometido al ser sorprendido por personal policial». Para así decidir, la mayoría del tribunal de sentencia valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de la víctima B. C. (v. acta de desgrabado de fs. 94/95), informes periciales obrantes a fs. 496/498 y fs. 488/494, examen físico de la víctima obrante a fs. 164, declaración testimonial de M. V. prestada en audiencia de debate, y demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa basa su impugnación en los incisos 1° y 2° del art. 474 del C.P.P., esto es, en la presencia de vicios in iudicando y vicios in procedendo. Funda la crítica formal al considerar que se ha vulnerado el art. 416 inc. 3° y 4° del C.P.P., ya que se advierte que la sentencia presenta una motivación contradictoria, ilegítima y arbitraria, y un apartamiento de las reglas que impone el sistema de la sana crítica. Así, el recurrente reconoce expresamente que adhiere a los fundamentos brindados por el Dr. Eduardo Orozco quien, en su voto en disidencia, entendió que el hecho debía subsumirse en el delito de abuso sexual simple. El recurrente reproduce parte de los argumentos del minoritario del tribunal de la instancia anterior.

Cuestiona en primer orden, que no se le haya realizado a la niña D. S. la pericia psicológica ordenada por el representante del Ministerio Público Fiscal en los primeros momentos de la investigación cuando se la consideraba también como víctima. En este sentido considera –siempre transcribiendo los fundamentos del Dr. Orozco– que existen tres aspectos problemáticos que se derivaron de no haberle realizado la pericia psicológica a D..

Entiende que el primer aspecto es de índole epistemológico, en tanto que al reposicionarla a D. como una testigo se parte de la creencia o presunción de que la niña estaba en condiciones psicológicas de establecer distancia, cierta objetividad sobre los hechos investigados. Precisa que este reposicionamiento es problemático en tanto implícitamente ha puesto en un segundo plano la vivencia que la niña tuvo en

esa circunstancia, esto es, que estuvo atravesada por el consumo de cocaína y marihuana. Como segundo aspecto problemático de esta omisión de realizar pericia psicológica a D., señala que quedaron puntos referidos a la subjetividad de la niña sin resolver.

Entiende que la información que brinda una pericia psicológica, como la tendencia a la fabulación o mitomanía, no puede ser suplida por el informe que se produjo de Cámara Gesell, ya que son pruebas que implican una construcción científica diferente. Señala como tercer aspecto problemático que el fiscal ante la ausencia de prueba en tal sentido, asumió el rol de perito psicólogo, al merituar que el relato de la niña D. en Cámara Gesell presentaba indicadores de credibilidad. Con base a lo expuesto, el recurrente concluye que D. no puede ser considerada una testigo de relevancia porque carecemos de información sobre ella respecto a si tiene tendencia a la fabulación o a crear historias inexistentes, entre otros aspectos. En relación al testimonio brindado por la víctima B. en Cámara Gesell, cuestiona la plena validez otorgada a este testimonio a partir de las pericias psiquiátricas realizadas a la niña.

Parte del concepto de lo que le otorga validez a este tipo de testimonio es la pericia psicológica que indique sobre las características de la personalidad de la entrevistada y, en especial, sobre la credibilidad de su relato. En este sentido, destaca que si bien la pericia realizada a la niña por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.), como la realizada por el perito de parte, reúnen todos los requisitos formales para su validez, lo cierto es que resultaron contradictorias en sus conclusiones. Por tal motivo, entiende que lo declarado por B. en Cámara Gesell, en especial en lo referido al contacto sexual que tuvo con el imputado, y a tenor del contenido de las pericias referidas, no permite superar el estado de duda. En relación al examen físico realizado por el Cuerpo Médico Forense a la niña B. C., sostiene que se determinó con total claridad la inexistencia de espermatozoides y de antígeno prostático. Afirma que si bien se indicó la existencia de un enrojecimiento en la zona bulbar y peribulbar, lo que fue valorado por la mayoría del Tribunal de sentencia como un indicio inequívoco de intento de acceso carnal por parte del imputado, lo cierto es que el Dr. Zaniga en audiencia de debate indicó que el enrojecimiento podía obedecer a diferentes causas. Por otro lado, al analizar el testimonio brindado por el funcionario policial que intervino en el momento de los hechos, el Oficial M. V., sostiene que las circunstancias percibidas por el funcionario no constituyen indicios de violencia.

Ello por cuanto si bien el testigo afirmó que el imputado se encontraba arriba de B., aclaró que ambos estaban vestidos de la cintura para abajo, y la menor sólo tenía el corpiño levantado. Destaca también como relevante, que el testigo refirió que la niña en ningún momento le manifestó que F. la estuviera forzando u obligando a hacer algo. Indica como un indicio posterior al hecho, la circunstancia de que B. mientras estaba internada, no hizo referencia a que había sido víctima de abuso sexual. En relación al informe presentado por el Dr. E. P., perito médico consultor de parte, cuestiona su descalificación por parte de la mayoría del tribunal que sin fundamentos sólidos desvirtúa las conclusiones del profesional, en cuanto sostuvo que bajo los efectos de la droga y el alcohol, no sólo no se produce una erección sino también se afecta la libido sexual. Con base a lo expuesto, entiende que existe una duda insuperable en relación a la credibilidad de la versión de los hechos brindada por B. C. y, por ende, sostiene que existió un erróneo juicio de subsunción normativa de los hechos investigados en la causa, debiendo encuadrarse el hecho en el delito de abuso sexual simple. Cuestiona también que resulta arbitrario que con el mismo contexto valorativo por el que resultó condenado su defendido, ninguno de los integrantes del Tribunal tuviera por acreditado el primer hecho que se le endilgó a F., es decir, abuso sexual con acceso carnal. Por último, valora que, aun si la figura legal seleccionada fuera la correcta, entiende que la condena a cinco años de prisión no resulta ajustada a las circunstancias del caso. Argumenta que los sentenciantes no

tuvieron en cuenta las condiciones personales del imputado, la falta de secuelas de su accionar en la presunta víctima y que la escala penal aplicable comienza en los dos años de prisión. En base a lo expuesto, estima que existe un erróneo juicio de subsunción normativa de los hechos investigados en la causa, que debe ser corregido mediante el control casacional, debiendo esta Suprema Corte de Justicia dictar sentencia conforme a lo solicitado. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General de esta Suprema Corte de Justicia al contestar la vista de ley conferida (fs. 716/717), aconseja el rechazo formal del recurso, por haber sido presentado en forma extemporánea. Señala que conforme acta de fs. 658, los fundamentos del fallo fueron leídos el día 22 de octubre de 2018, mientras que el remedio casatorio lo fue en fecha 14 de noviembre de 2018, esto es, fuera del término legal. En forma subsidiaria, y en el caso de considerar esta Suprema Corte de Justicia la admisión formal del remedio intentando, entiende que debe ser rechazado en lo sustancial, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad y tampoco una errónea aplicación de la ley penal sustantiva.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada. Tal como surge del escrito recursivo, los agravios esbozados por el impugnante giran en torno a la valoración -a su juicio- arbitraria de los elementos de prueba incorporados al proceso, en especial, el testimonio brindado por la víctima, ello en desmedro del principio de inocencia previsto en el art. 2 del CPP. De modo preliminar, corresponde aclarar que la función de este Cuerpo consistirá en revisar si los fundamentos de la resolución en crisis resultan ser contradictorios o insuficientes, fruto de una ponderación errónea o ilegal de la prueba o mediante violación a las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional; y en tal caso, si corresponde su anulación por la arbitrariedad del pronunciamiento, a la luz de lo regulado por las normas procesales referidas por la defensa -art. 416, incs. 3° y 4° del C.P.P.-.

Del análisis del fallo cuestionado y la impugnación formulada, advierto que la crítica casatoria no resulta ser más que el disenso con las conclusiones a las que llegó la sentenciante, fundada en una valoración probatoria efectuada desde la perspectiva propia de su rol, más no desde una visión integral de los hechos sometidos a juzgamiento. Además, se advierte que el recurrente reedita todos y cada uno de los argumentos expuestos al tiempo de formular sus alegatos de clausura, los que fueron debidamente tratados y resueltos en la sentencia que cuestiona, sin incorporar fundamentos sólidos y convincentes que habiliten su revocación. Entiendo importante destacar que, en esa tarea, el tribunal ha valorado la prueba recolectada siguiendo los estándares internacionales aplicados en casos de violencia contra la mujer y, en concreto, de abusos sexuales cometidos contra niñas (ver fundamentos de fs. 659 vta y 660). En este punto, me interesa destacar que conforme los estándares internacionales y regionales, la niña B. es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de estas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto. De este modo, los operadores del derecho tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de

género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver «Concha, Jesús y ots.»). Expresamente señalé en el citado precedente que «En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

La Corte IDH en el «**Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**», se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. **Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006**, Serie C N° 70, párr. 201).

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17).

Por su parte, conviene recordar que a nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en

orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

A su vez, debe señalarse que la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano como a nivel nacional ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re “Leiva, María Cecilia”, entre otros).

Bajo estos lineamientos, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima B., ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio. De este modo, la versión de los hechos brindada por B. C. mediante el método de Cámara Gesell, resultaron relevantes para la juzgadora a fin de determinar la dinámica de los hechos investigados y la intervención que le cupo al imputado. Por otra parte, y como se desprende de los fundamentos en estudio, de la confrontación de la mencionada testimonial con el resto del cuadro probatorio –el acta de procedimiento de fs. 6/7, el acta de secuestro de fs. 14, el examen médico del Cuerpo Médico Forense (CMF) de fs. 164, los informes del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) de fs. 496/498, el informe expedido por el personal del Equipo de Abordaje de Abuso Sexual (EDEAAS), los informes del Hospital Perrupato de fs. 220/279, los informes del Organo Administrativo Local (OAL) y la DINAF, las testimoniales de D. S., la Lic. R. T., M. V., el Lic. G. M., así como las demás testimoniales recibidas en audiencia de debate, la mayoría del tribunal sentenciante concluyó que las pruebas legítimamente incorporadas a la causa daban sustento a la versión de los hechos brindada por B. C.. Dicho en otros términos, el tribunal sentenciante –por mayoría– ha valorado en forma integral el caudal de elementos de prueba incorporados debidamente a la causa para llegar así a la decisión de condena. Llegados a este punto, ingresare en el análisis particular de los agravios expuestos por el recurrente, algunos de los cuales, por su vinculación, serán tratados en forma conjunta. A juicio de la defensa la existencia de dos informes psicológicos antagónicos en sus conclusiones, el realizado por la Dra. R. T. y por el perito de parte, Dr. G. M., impide tener un juicio certero sobre la verosimilitud de los dichos de la víctima B. C., en tanto estos informes tienen por fin otorgarle credibilidad a los dichos de la testigo. Agrega también que el informe preliminar realizado por los profesionales del EDEAAS) no puede reemplazar al primero porque se utilizan distintas técnicas. Al reseñar las conclusiones de los informes, señala como contradictorios los puntos referentes a los criterios de credibilidad de la víctima, la presencia de rasgos de personalidad compatibles con la fabulación, la mentira y la mitomanía y, por último, la existencia de secuelas detectadas en la víctima como consecuencia del episodio vivenciado. Al respecto, indica que el Lic. M. concluyo que «no se evidenciaron secuelas de orden psíquico como consecuencia del hecho ya que el mismo no habría sido vivenciado como traumático por la menor», en tanto la Lic. T. refirió que la niña B. presentaba «disociación emocional, defensas de tipo maníacas como modo de defensa al malestar». Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, ya que, en primer orden, y tal como se desprende del dictum cuestionado, la credibilidad del relato de la víctima no se nutre sólo del informe psiquiátrico realizado a fs. 496/498, sino que la mayoría del tribunal de sentencia, para llegar a tal solución, entendió

que el testimonio brindado por la niña también se encontraba corroborado por una serie de indicios y pruebas, tal como describí ut supra, debiendo destacar que algunas de ellas no han sido objeto de impugnación en esta instancia recursiva. Ello partiendo de la premisa de considerar que si bien los informes psicológicos resultan útiles para interpretar la verosimilitud del testimonio de la víctima «... no son útiles como probanza independiente para obtener el conocimiento de la verdad real del hecho en particulares ...» (fundamentos fs. 663). No obstante lo expuesto, estimo que la mayoría del tribunal de sentencia dio suficientes razones para superar las contradicciones que son objeto de impugnación en el presente recurso. Así, se sostuvo, luego de reseñar los dos informes referidos por la defensa, y lo manifestado por los profesionales en audiencia de debate, que «... la inmadurez psicoafectiva propia de su edad y la situación de vulnerabilidad psíquica y familiar, la lleva a instrumentalizarse, banalizando conductas sexuales y a no tener registro de ello. Ergo, a eso obedece, precisamente que lo vivido no lo vivencie como un abuso sexual, y que al pasar el tiempo tienda a disminuir la importancia del hecho, lo que queda demostrado con el retaceo de información en que incurre en la entrevista psicológica sobre el momento de la relación sexual, que con claridad había dado cuenta en la Cámara Gesell». Agregó, además, que no se le puede exigir a la víctima que «... su capacidad de juicio crítico conforme a su corta edad pueda discriminar como negativo que un adulto la haya colocado y aprovechado de un estado de intoxicación predisuelto y facilitado por el mismo, para abusar sexualmente de ella» (fundamentos de fs. 664 y vta.). Conforme lo analizado por la mayoría del tribunal de sentencia, no debe soslayarse la situación de extrema vulnerabilidad en que se encontraba tanto B. como la testigo D., como así también, las circunstancias previas al hecho, en donde el imputado permaneció con las niñas por el término de 15 horas, transcurso del tiempo en el cual les proveyó todo tipo de sustancias tóxicas, aumentando el nivel de vulnerabilidad de las niñas, extremos que no han sido desvirtuados por la defensa.

Tales circunstancias quedaron debidamente acreditadas, no sólo a partir de las pruebas ya analizadas, sino también, a través del informe expedido por el EDEAAS y el informe del examen físico del CMF, los que dan cuenta del consumo de sustancias tóxicas por parte de ambas niñas, el informe expedido por el Hospital Perrupato y la declaración testimonial de Dra. E. P., de donde se desprende el estado de las niñas al momento de ingresar al mencionado Hospital (ver fundamentos de fs. 660 vta./ 663). Por otro lado, entiendo que no puede prosperar la interpretación que realiza la defensa de los elementos de juicio a los que considera como indicios de apariencia de que no existió violencia por parte del imputado, en especial, el testimonio del funcionario policial M. V. quien –según refiere el recurrente– sostuvo que tanto la víctima como el imputado estaban vestidos de la cintura para abajo. En efecto, entiendo que dicho análisis obedece a una interpretación sesgada de la declaración testimonial del funcionario policial M. V., quien al describir la secuencia desde que tomó conocimiento, a través de una testigo ocasional, de que una persona mayor de edad se encontraba en un auto con dos chicas menores, refirió en forma clara que «... la chica estaba sentada en el asiento de atrás ... y el muchacho estaba sobre ella, que al advertir su llegada, al instante se cruza hacia el asiento de adelante». Destacó la mayoría del tribunal de sentencia que si bien el testigo no vio que el acusado se acomodara la ropa, aclaró que desde que advirtió su presencia se demoró en llegar al vehículo «... porque le faltaban 6 metros y era un lugar pedregoso entonces iba patinando en las piedras».

La secuencia descrita –según puede interpretarse– admite la posibilidad de que ambos hayan tenido sus prendas inferiores desprendidas o bajas, y el tiempo suficiente para acomodarlas, con lo cual el cuestionamiento de la defensa no resulta dirimente. A ello debe sumarse que- tal como lo destaca la postura mayoritaria del tribunal de instancia anterior- el testigo advirtió que la niña «... tenía desprendido

el corpiño porque se bajó la remera y se dio vuelta para que se lo acomodara la chica de adelante» (fundamentos de fs. 66 vta. y 662). Por otra parte, entiendo que tampoco pueden ser atendidos los agravios que cuestionan la verosimilitud del testimonio brindado por D. S. derivado de la ausencia de pericia que indique la credibilidad de su relato. En efecto, el censurante señala que en los primeros momentos de la investigación penal preparatoria, el fiscal consideró que D. S. revestía la calidad de víctima. Sostiene que este reposicionamiento como testigo que trajo como consecuencia que el fiscal desistiera de este medio probatorio, impide verificar la verosimilitud de sus dichos, ello por considerar que la testigo estuvo atravesada en el momento de los hechos por el consumo de drogas y alcohol. Cabe destacar en primer orden, que no advierto irregularidad en cuanto al fondo del planteo de la defensa, en tanto el representante del Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción pública tiene la facultad, de acuerdo a las probanzas reunidas, de determinar la hipótesis acusatoria y ordenar las pruebas que considere útiles y pertinentes al objeto procesal, conforme al sistema de la libertad probatoria dispuesta en nuestro cogido procedimental (art. 205 del CPP). En este entendimiento, y conforme los elementos de juicio incorporados hasta ese estadio procesal, entendió en aquella oportunidad que D. S. no había sido víctima de abuso sexual. Por tal razón, consideró que no era pertinente la realización de la medida probatoria referida a la testigo D. S. lo que –cabe aclarar– no fue observado por la defensa en aquella oportunidad. No obstante estas aclaraciones, advierto que la defensa en la construcción de este argumento, no especifica –salvo en lo atinente a lo manifestado por el testigo V. en relación a si el imputado estaba o no con ropa, extremo ya explicado–, cuáles serían los dichos de la testigo que no resultaron creíbles tanto en su aspecto intrínseco, como en su confrontación con las pruebas periféricas y, por ende, su influencia en la decisión condenatoria que cuestiona. Por otro lado, no debe soslayarse que la declaración de la testigo B. D. se realizó con todas las formalidades previstas por nuestro ordenamiento procedimental, en tanto en la celebración de tal acto procesal estuvieron presentes todas las partes, teniendo la defensa la oportunidad de realizar las preguntas que consideró pertinentes en orden a dilucidar las declaraciones que pudiera considerar controvertidas o reñidas con el resto del material probatorio.

En otro orden, se agravia la defensa del análisis realizado por las juzgadoras sobre las conclusiones del examen físico realizado a B. por el Cuerpo Médico Forense, por cuanto concluyó que la coloración rojiza observada en la zona peri bulbar y bulbar la que, según entendió el profesional interviniente, correspondería al roce con algún elemento, fue interpretado por las sentenciantes como un indicio que debe ser evaluado como inequívoco de la acción iniciada. Alega al respecto, que el Dr. Z., quien estuvo a cargo de examinar a la víctima en tal oportunidad, refirió en audiencia de debate que ese enrojecimiento podía obedecer a diferentes e innumerables causas. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido tampoco puede tener acogida favorable, ello por cuanto lo sostenido por el profesional médico no alcanza para desvirtuar el plexo probatorio analizado por la mayoría del tribunal de sentencia para acreditar los extremos de la imputación, conforme he explicado a largo de esta resolución.

En efecto, y no obstante el tenor de las palabras utilizadas por la mayoría del tribunal de sentencia, lo cierto es que, tal como se desprende de la lectura de la resolución cuestionada, el elemento de juicio referido constituye un indicio más dentro del acerbo probatorio, que contribuyó a la formación de su convicción sobre la ocurrencia de los hechos. Considero por otra parte, que tampoco puede prosperar el agravio relacionado con la supuesta descalificación por parte de mayoría del tribunal de sentencia del informe presentado por el Dr. E. P., perito médico consultor de parte, en cuanto sostuvo que bajo los efectos de la droga y el alcohol, no sólo no se produce una erección sino también se afecta la libido sexual.

Ello por cuanto –según advierto– aquella mayoría no desvirtuó el informe en su contenido científico, sino que consideró que en el caso bajo estudio tales posibilidades sólo pueden darse en grado de probabilidad (ver fundamentos de fs. 667 vta.). Estimo que tales fundamentos no están desprovistos de suficientes razones, en tanto no advierto en el presente caso elementos de juicio que avalen en forma cierta la hipótesis propiciada por la defensa. En este sentido, cabe tener presente que si bien se realizó al imputado un estudio de alcoholemia y toxicológico (ver fs. 374), se concluyó sobre el primero, la ausencia de alcohol en sangre, y en el segundo, se determinó sólo el tipo de droga que presentaba (cocaína y marihuana), pero no la cantidad aproximada de estas sustancias en el organismo del imputado F.S al momento de los hechos. Tales conclusiones no forman parte de los argumentos de la defensa, quien omite valorar lo informado por el Cuerpo Médico Forense en función con la solución propuesta. En definitiva, estimo que la decisión de la mayoría del tribunal a quo se presenta como razonable en base a la prueba incorporada al debate, la que fuera objeto de una valoración ajustada a las reglas de la sana crítica.

No existe arbitrariedades en la resolución en crisis, ni tampoco un déficit de motivación, ya que aparece claramente expuesto el silogismo deductivo de la juzgadora para acreditar el hecho y la intervención del acusado en el injusto por el cual resultó condenado. Habiéndose rechazado los vicios formales en torno a la valoración probatoria de los extremos de la imputación que conforman los fundamentos de la resolución atacada, corresponde analizar los vicios iuris expuestos por el censurante.

Tal como se adelantara ut supra, la defensa del encausado reprocha que la sentencia condenatoria aplica erróneamente el derecho, al encuadrar la conducta desplegada por representado en una calificación jurídica que, en su opinión, resulta errónea, debiendo subsumirse los hechos en la figura básica del art. 119 del CP.

Sin embargo, atento a la vinculación entre los agravios formales y sustanciales expuestas en el inicio del presente análisis, el rechazo a los primeros conduce necesariamente a la negación de los segundos. Es que al haberse confirmado la plataforma fáctica que el Tribunal tuvo por acreditada en oportunidad de dictar sentencia condenatoria, la pretensión de la defensa acerca de la modificación del encuadre jurídico de la conducta endilgada a su defendido, debe ser rechazada.

Dicho de otro modo, si el agravio sustancial encuentra como único sustento una modificación de la plataforma fáctica sobre la que se asienta la calificación legal, denegado el primero, debe ello tener virtualidad manifiesta sobre lo segundo.

Al respecto, cabe señalar la posición asumida por este Tribunal, con distinta integración, al sostener que «el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» (LS 473-163) y que «la invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo. Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a - quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 464-080).

Por último, habiéndose confirmado la sentencia cuestionada en esta instancia en cuanto a la materialidad del hecho, la autoría del acusado y el encuadre legal, corresponde analizar a continuación los aspectos del recurso que impugnan la motivación de la individualización de la pena; específicamente sobre el quantum

de penalidad determinado. En este punto, debe considerarse que la mayoría del tribunal de sentencia condenó al acusado a la pena de cinco años de prisión.

Para ello, entendió que aquel monto resultaba adecuado teniendo en cuenta la naturaleza de las acciones desplegadas, los peligros ocasionados, la calidad de las personas involucradas y el daño producido a la víctima. De este modo, se valoró como agravante el especial grado de conocimiento que tenía el imputado por desempeñarse como auxiliar de una Oficina Fiscal y su grado de instrucción universitaria, circunstancias que le permitieron tener otra visión de la problemática de la niñez vulnerable. También ponderó el peligro efectivamente corrido por las niñas, quienes fueron llevadas a comprar estupefacientes, que luego consumieron junto con alcohol que le proporcionó F..

También se valoró, como una circunstancia agravante, la falta de atención a los reclamos de las niñas de ser llevadas a su casa, en los primeros momentos cuando sentían miedo por las distintas conductas asumidas por F.S. Asimismo, y contrariamente a lo sostenido por la defensa, la sentenciante en el proceso de determinación de la pena tuvo en cuenta, como circunstancias atenuantes, las condiciones personales del imputado, tales como la ausencia de antecedentes condenatorios, la inmadurez psicoafectiva y el mal manejo de su ansiedad, entre otras características de su personalidad.

En razón de lo expuesto, estimo que la mayoría del tribunal de sentencia ha tenido en cuenta de manera correcta aquellos elementos de mensura referidos en el código de fondo (arts. 40 y 41 del CP) para arribar a una solución justa, brindando adecuados motivos para la determinación del monto seleccionado.

Por todo ello, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar a la presentación de fs. 736/738 vta por la defensa de L.E.F.S y, en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 720/722.
- 2.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 685/703 por la defensa de L.E.F.S y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 448 dictada por mayoría por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 26 de septiembre de 2019.-

38- NAVARRO. 15-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														495
														-4°
VS	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-5°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191015_FcNNF.pdf

Lex: Art. 495 inc. 4 y 5 del CPP. Art. 144 inc. 9° de la Constitución de la Provincia.

Vox: VS. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Recurso extraordinario de revisión.

Summa:

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado contra la Sentencia N° 5.321 pronunciada por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de **cuatro años y seis meses de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple y coacción, en concurso real y en tres hechos independientes, que se le atribuían en las causas N° 17.629 y 16.806.

La **defensa** interpuso recurso extraordinario de revisión (Art. 495 inc. 4 y 5 CPP).

El **Procurador General** entendió que debe ser rechazado en lo formal el recurso promovido. Afirmó que la vía intentada sólo puede prosperar cuando se presenta una de las causales taxativamente enumeradas en el art. 495 del código de procedimientos, atento al carácter excepcional del recurso, previsto para la impugnación de sentencias firmes.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de revisión interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° CUIJ N° 13-04092897-3/1, pronunciada por la SCJM.

Precedentes citados

a-SCJM

- Centorbi, Luis

SCJM. Dres.: **Gómez. Garay. Llorente.**

(A.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04500768-9/1((020501-17629)) FC/ N. N. F. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (17629) P/ RECURSO EXT.DE REVISIÓN *104582645*

En Mendoza, a los quince días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04500768-9/1 caratulada “F. c/ N., N. F. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE S/ REVISIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JULIO R. GÓMEZ, segundo DR. DALMIRO GARAY CUELI y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa de Nelson Fabián Navarro se presenta a fs. 01/12 y formula recurso extraordinario de revisión contra la sentencia pronunciada por esta Suprema Corte de Justicia en los autos principales N° 17.629, CUIJ N° 13-04092897-3/1, por cuanto rechazó el recurso de casación planteado por la defensa del acusado contra la Sentencia N° 5.321 pronunciada por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, que lo condenó a la pena de 4 años y seis meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual simple y coacción, en concurso real y en tres hechos independientes, que se le atribuían en las causas N° 17.629 y 16.806.

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

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JULIO R. GÓMEZ DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada es la pronunciada el día 20/12/2017 por la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia, que rechazó el recurso de casación formulado por la defensa de N. F. N. contra la sentencia condenatoria pronunciada por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción. Para arribar a esa solución, la Sala Segunda –con diversa integración– analizó la valoración probatoria, la posible afectación de principios constitucionales y la individualización de la pena efectuadas por el tribunal de sentencia.

2.- Recurso de revisión

El recurso formulado por la defensa invoca el derecho conferido por el art. 495 incs. 4 y 5 del CPP para impugnar la sentencia antes aludida. Alega que se llevó a cabo una incorrecta valoración de la prueba, que se han vulnerado la garantía de igualdad y la presunción de inocencia contenidas en los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, así como el principio in dubio pro reo previsto por los arts. 2 y 26 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

Circunscribe su pretensión a obtener una corrección de la equivocada valoración de la prueba realizada en la resolución impugnada, así como una ponderación de las nuevas pruebas que, por no haber estado presentes, no pudieron influir para arribar a una sentencia más benigna. Considera que el fallo impugnado adolece de manifiesta arbitrariedad e incurre en causales de gravedad institucional suficientes para la apertura del remedio recursivo excepcional planteado.

Afirma que se omitió considerar que el entonces Segundo Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial sobreseyó a su defendido, resolución basada en la atipicidad de la conducta

atribuida y que tiene los efectos y alcances de la absolución. Considera que se ha producido una doble ponderación de las pruebas colectadas en la causa, que condujo a una vulneración del principio de prohibición de doble punición. Además, señala que el día 02/08/18 el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, efectuó el cómputo de pena, sin considerar el tiempo que el acusado transcurrió detenido en prisión domiciliaria y arresto en sede policial. A efectos de acreditarlo, solicita se incorporen como prueba las actuaciones tramitadas en la Comisaría N° 46 del Distrito de Bowen del departamento de General Alvear. Durante la sustanciación del recurso de revisión, Nelson Fabián Navarro efectuó dos presentaciones in pauperis formae, de las que se corrió vista a su defensa técnica. En la primera oportunidad, contestó la vista el defensor Héctor Roque Godi con una presentación que reitera los agravios señalados al formular el recurso de revisión ya descripto (fs. 31/34). En la segunda ocasión, la defensa no hizo presentación alguna.

3.- Dictamen del Procurador General

Al contestar la vista que del recurso de revisión se le confiriera (fs. 19/20 y vta.), el Procurador General se manifiesta por su rechazo formal. Afirma que la vía intentada sólo puede prosperar cuando se presenta una de las causales taxativamente enumeradas en el art. 495 del código de procedimientos, atento al carácter excepcional del recurso, previsto para la impugnación de sentencias firmes. Por una parte, considera que el recurso no se dirige contra la sentencia del tribunal de juicio, sino contra la sentencia de la Suprema Corte de Justicia que rechazó el recurso de casación contra la que no puede formalmente plantearse. Por otra, sostiene que el recurso no se autoabastece, que es confuso, que no aporta nuevas pruebas ni datos que permitan individualizarla.

Explica que el recurso, primero, alude a una sentencia pronunciada en un expediente no individualizado, y segundo, alude a un sobreseimiento por atipicidad sin identificar el hecho al cual se referiría; y que además no surgen de las actuaciones principales requeridas ad effectum videndi –N°17.629– por este Tribunal. En relación a los argumentos esgrimidos contra el cómputo de pena, afirma que el recurso planteado no resulta la vía procesal apropiada, debiendo en su lugar haberse planteado una observación al cómputo.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Gómez. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de revisión deducido en favor de N. F. N debe ser rechazado.

De forma preliminar debe señalarse que el recurso de revisión autorizado por el **art. 144 inc. 9° de la Constitución de la Provincia** constituye una vía de excepción, reservada para supuestos especiales taxativamente enumerados en la aludida norma constitucional, en los que se constata en forma directa los motivos que lo justifican, razón que explica que se lo considere un recurso de interpretación restrictiva. Asimismo, debe considerarse que tanto la sentencia atacada como los hechos fijados en ella, gozan de una presunción de legitimidad que sólo puede ceder ante nuevos hechos y pruebas que detenten un efecto convictivo tal, que puedan conmovir la estabilidad de la cosa juzgada (conf. “Centorbi, Luis”).

La impugnación planteada encuentra fundamento jurídico en los incisos 4 y 5 del art. 495 del CPP, es decir, por haber sobrevenido nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, harían evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable (inc. 4°) y por fundarse la sentencia en una interpretación de la ley más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la

interposición del recurso (inc. 5°). Ahora bien, tal como afirma el Procurador General el recurso no demuestra, en ninguno de sus argumentos, elementos que permitan considerar las causales de procedencia del recurso de revisión invocadas.

No resulta clara cuál es la voluntad impugnativa de la defensa, pues se advierte que el libelo impugnativo cuestiona simultáneamente dos resoluciones distintas. Una de ellas es la pronunciada por esta Suprema Corte de Justicia, con diversa integración, en la cual se rechazó el recurso de casación formulado por la defensa de N. contra la sentencia condenatoria dictada en su contra por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial. La otra es la que resuelve el cómputo de pena, pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de esa misma circunscripción.

Ahora bien, la primera de las decisiones fue impugnada por la defensa de N. mediante recurso extraordinario federal –v. fs. 278/285 de los autos principales–, impugnación que no fue concedida por esta Suprema Corte de Justicia, con diversa integración, el día 12/06/18.

Más allá de que existe una incongruencia en el recurso en cuanto a la resolución impugnada, el recurso de revisión tampoco resulta procedente respecto de la segunda decisión, pues no resulta la vía idónea. La defensa fue debidamente notificada de dicha resolución (fs. 336) y, ante la falta de observaciones, el mismo fue aprobado por el Tribunal de origen (fs. 338), encontrándose a la fecha firme. Sin perjuicio de ello, y desde el punto de vista material, se advierte que el cómputo de pena consideró el tiempo que el imputado permaneció detenido (fs. 328), cuestión que no ha sido considerada por el recurrente. Veamos. En primer lugar, debe señalarse que la vía ahora intentada resulta impertinente. Por una parte, las instancias recursivas contra la sentencia condenatoria aludida fueron agotadas, pues la decisión fue confirmada por este Tribunal mediante el rechazo del recurso de casación planteado, y la vía federal intentada no fue concedida.

En caso de pretender discutir el criterio aplicado en esa última decisión, la forma de hacerlo es mediante el recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el plazo y forma que establece la normativa nacional.

Por otra parte, para impugnar el cómputo de pena la defensa debió observar –también dentro del plazo pertinente– el cálculo efectuado por el Tribunal a quo, lo que en el caso no ocurrió. La falta de interposición de estos recursos en debida forma no constituye un motivo suficiente para autorizar el remedio procesal formulado ahora.

En segundo lugar, el agravio defensivo relativo a una interpretación de la ley más gravosa que la sostenida por esta Suprema Corte de Justicia tampoco puede tener acogida favorable. Por una parte, la defensa no sostiene argumentativamente esta invocación del art. 495 inc. 5° del CPP, pues no alude a interpretaciones jurisprudenciales de este Tribunal más beneficiosas que resultarían contradictorias con la sentencia recurrida; y, por otra, el argumento aparece como una contradicción lógica que no resiste el menor análisis: cuestiona una sentencia de esta Suprema Corte de Justicia porque aplicaría un criterio interpretativo más gravoso que el propio.

En un tercer orden, a pesar de que la defensa alude a pruebas erróneamente valoradas para intentar abrir la vía prevista por el **art. 495 inc. 4° del CPP**, no invoca ninguna en particular ni señala qué errores se habrían cometido en el mérito llevado a cabo. Solamente se ha hecho referencia a una sentencia de sobreseimiento dictada en una etapa previa, para señalar que no fue considerada al momento de condenar a su defendido y que por ello se ve afectado el principio de prohibición de doble punición.

Respecto de esto debe señalarse, por una parte, que no se ha individualizado de manera suficiente la resolución mencionada ni ha aportado pruebas documentales de la misma y, por otra, que contrariamente

a lo alegado por la defensa se advierte que la sentencia recurrida –pronunciada por otra Sala de esta Suprema Corte de Justicia– analizó y meritó el sobreseimiento dictado a fs. 58 de los autos principales por el delito de abuso sexual simple dictado por el entonces Juez de Instrucción Dr. Néstor Murcia.

Dicho con otras palabras, no puede afirmarse el carácter de «nuevo» en esa resolución – sin perjuicio de que pueda discutirse su carácter de «prueba»–, toda vez que fue tenida en cuenta en la resolución impugnada. En efecto, del escrito recursivo surge claramente que el tipo de impugnación pretendida por el recurrente importa un nuevo control de la sentencia de grado, propio del remedio casatorio, que ya fue intentado por la defensa y rechazado por este Tribunal, según consta a fs. 247/254 de los autos principales que se tienen a la vista.

En consecuencia, resulta claro que no existe un agravio cierto y efectivo que haga procedente el recurso de revisión intentado, pues la prueba adjuntada no reviste la idoneidad requerida para conmover la sentencia censurada, a tenor de lo dispuesto por el art. 495, inc. 4° del C.P.P.

En definitiva, resulta evidente que la defensa del acusado ha errado en la vía intentada, toda vez que los argumentos esgrimidos no encuadran en ninguno de los incisos del art. 495 del CPP invocados, tal como surge de las consideraciones previamente formuladas. En tanto no se configuran los motivos previstos por la norma procesal para autorizar el recurso de revisión, corresponde su rechazo en esta instancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay y Dr. Llorente. Adhieren.

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

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO GARAY CUELI y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. DALMIRO GARAY CUELI y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de revisión formulado a fs. 01/12 por la defensa de N. F. N (arts. 495 y ccs. del CPP).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Disponer la acumulación de los presentes obrados a los autos principales y su remisión al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JULIO R. GOMEZ Ministro

39- HORWITZ. 18-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	Asc	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	475

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcHGP.pdf

Lex: Art. 474, 475, 476, 477 y 480 del CPP. 119, 1° párrafo en función del 5° párrafo, letra b del CP.

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual Simple Agravado por el Vínculo. Valoración probatoria. Relato de menor en Cámara Gesell.

Summa:

El **TPC** rechazó el recurso de apelación formulado por la querrela particular y confirmó la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la misma circunscripción que sobreseyó al acusado P. G. H. G. del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119, primer párrafo en función del quinto párrafo, letra b del CP)

La representante a cargo de la **Oficina de Asistencia al Querellante Particular**, formula recurso extraordinario de casación (Art. 474, 475, 476, 477 y 480 del CPP)

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación formulado por la querellante particular en autos.

Resolución cuestionada: *Resolución de rechazo del recurso de apelación interpuesto por la Querrela Particular, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Castro Navarro: 04-10-2017 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171004_FcCNM.pdf
- Merlo Donaire: 08-03-2019 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Merlo Donaire. 08-20-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Tapia Castillo. 14-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220614_FcTCJ.pdf
- Baltazar Cruz. 25-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220425_FcBCH.pdf

b-CIDH

- Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Caso Espinoza vs. Perú. 20-11-14 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Parágrafos destacados

Del voto preopinante “El agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de los menores, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Estos derechos se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. De este modo, el deber de fundamentación de un pronunciamiento sentencial en casos en que se hayan comprometidos los derechos de quienes integran un componente social altamente vulnerable, importa asumir un compromiso por parte del órgano juzgador en profundizar la exigencia de claridad y completitud, a los fines de impedir que el error o déficit de fundamentación pueda trasuntar en una revictimización de quienes han sido víctima de este tipo de hechos -abusos sexuales infantiles”

Del voto preopinante “En segundo orden, con anterioridad he señalado que las características propias de los delitos contra la integridad sexual -sobre todo, en caso de presuntas víctimas menores de edad-, imponen un nuevo paradigma en la valoración de la prueba en el proceso penal y de sus etapas de forma tal que, al tomar una decisión, deben articularse adecuadamente las normas dirigidas a la protección de las niñas, niños y adolescentes y las garantías de toda persona sometida a proceso. Es decir, es necesario tener en consideración que aún en casos de delitos contra la integridad sexual contra niñas, niños y adolescentes, no pueden vulnerarse las barreras que edifican las garantías constitucionales (conf. «Castro Navarro»). “

Del voto preopinante: “Concuerdo con el Fiscal Adjunto de la Procuración General en cuanto a que el mérito efectuado por parte del a quo resulta apropiado toda vez que, en lugar de considerar de forma parcializada el dictamen de la profesional, se valió de la totalidad de la prueba disponible a efectos de desentrañar su valor como evidencia en contra del acusado. Esta forma de valorar la prueba es consistente con los parámetros establecidos por la normativa procesal y con las precisiones que al respecto ha señalado esta Suprema Corte de Justicia.”

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

(A.Y.)

Fallo.

CUIJ: 13-04529841-2/1((018602-96998)) FC/ H. G. P/ ABUSO SEXUAL (96998) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104612154*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04529841-2/1 caratulada "F. c/ H. G., P. G. P/ ABUSO SEXUAL (96.998) S/ CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 35/40 y vta. del legajo L-96-998/14 Claudia Vélez, a cargo de la Oficina de Asistencia al Querellante Particular, formula recurso extraordinario de casación contra la resolución pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto rechazó el recurso de apelación formulado y confirmó la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la misma circunscripción que sobreseyó al acusado P. G. H. G. del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119, primer párrafo en función del quinto párrafo, letra b del CP) por el que se lo acusaba en estos autos. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 2 resolvió rechazar el recurso de apelación planteado por la querellante particular contra la sentencia de sobreseimiento pronunciada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado (fs. sub. 1). Para ello, meritó las pruebas cuestionadas por la querellante particular en su recurso de apelación, a saber, el informe de los profesionales de la salud Z. y C.; el informe del EPAASI al que aludió la recurrente (fs. 353/354); las grabaciones y el desgrabado de la Cámara Gesell (fs. 393/394); el testimonio de la Lic. G. (fs. 119/200) y los testimonios de L.R. y M.O. (fs. 311/212); la evaluación psicodiagnóstica efectuada por la Lic. G. (fs. 223/224); el informe del CAI respecto de la denunciante y la M.P.H.P. (fs. 63/65) y, por último, el informe del CAI respecto del imputado (fs. 86/87). Del análisis de las pruebas mencionadas, concluyó que no existía arbitrariedad alguna en la decisión apelada, y por lo tanto confirmó el sobreseimiento pronunciado por la instancia previa.

2.- Recurso de casación

La querellante particular, representada por la Oficina de Asistencia al Querellante Particular, formula recurso de casación contra la sentencia antes reseñada. Funda su impugnación en los arts. 474, 475, 476, 477 y 480 del CPP y plantea agravios por considerar que la decisión adolece de vicios in procedendo, concretamente, de una incorrecta valoración probatoria que torna su fundamentación insuficiente. Explica que oportunamente apeló el sobreseimiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 en la audiencia llevada a cabo el día 28 de agosto de 2018, por considerar que la jueza había arribado a una conclusión errada luego de una valoración parcial de los elementos de prueba arrojados a la causa. A su entender, la magistrada solamente tuvo en cuenta los informes de los profesionales del Equipo de Abordaje de Abusos Sexuales Infantojuvenil (EPAASI) y del Cuerpo Médico Forense (CMF) en los segmentos relativos a la falta de elementos compatibles con un abuso sexual -centrándose en los informes y pericias que destacaban el estado psicoemocional de la denunciante, madre de M.P.H.P., y sus conflictos

de pareja con el acusado-, pero omitió considerar las manifestaciones de la menor de edad, que aparecían libres de toda influencia o inducción. Tampoco valoró correctamente los testimonios ofrecidos por la defensa y consideró que la conclusión según la cual la niña M.P.H.P. sufría Síndrome de Alienación Parental carecía de fundamento en informes de profesionales de la salud.

En esta instancia cuestiona la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 2 que rechazó aquel recurso de apelación, por considerar que adolece de vicios que invalidan su fundamentación. Le atribuye el mismo problema que a la decisión previa en cuanto a la forma de valorar el informe del EPAASI de fs. 353/345 y la Cámara Gesell, esto es, que habría restado relevancia probatoria a los dichos de la niña. Afirma que su relato es claro y sólido pero que aún así no fue tenido en cuenta por el juez, que centró su valoración en el estado psicoemocional de su madre, la pericia psicológica que el CAI le hizo y sus conflictos de pareja con el imputado. Afirma que si bien la Dra. G. sostuvo que no surgirían indicadores específicos de abuso sexual, no se consideró que también informó sobre indicadores de vivencias sexualizadas que la niña sintió como invasivas y placenteras, relacionadas con la edad evolutiva que atravesaba y que actualmente recuerda con angustia, culpa y mecanismos de disociación y represión. En relación con el mérito de la declaración de los testigos L. R. y M. O., que sostuvieron que la denunciante les había pedido que hablaran mal del acusado y se explayaron sobre consideraciones personales del acusado, sostiene la recurrente que en los delitos de este tipo –esto es, que implican violencia de género– el autor esconde su verdadera personalidad y se muestra ante el resto de la sociedad como una persona agradable y de buen trato, lo que lleva a sus allegados a pensar que es imposible que sea el autor de los delitos que se le endilgan. Por otra parte, tampoco considera acreditada la animosidad de la denunciante contra el autor, lo que podría haber motivado una falsa denuncia. Por el contrario, la denuncia fue resultado de un proceso iniciado con consultas a psicólogos particulares que asistieron a la niña a raíz de que su madre notó en ella conductas erotizadas y actos masturbatorios, por lo que luego fue derivada a organismos públicos de tratamiento a víctimas de abuso sexual y se le indicó que realizara la denuncia. De hecho, cita un certificado obrante a fs. 183/184 en los que los Dres. Z. y C. del Hospital Notti prescribieron por escrito la realización urgente de la denuncia. La recurrente considera que la prueba ha sido erróneamente valorada, que se ha puesto el foco en la denunciante -que atravesaba una situación psicológica compleja producto de un divorcio violento y conflictivo con el acusado, motivado por los hechos que involucraban a su hija- y no en la víctima. Tampoco ha sido considerada la evaluación psicodiagnóstica de la Fundación Hospiniño, que da cuenta de indicadores que a entender de la recurrente revelan abuso. Solicita que el mérito probatorio se efectúe conforme a las disposiciones de la ley 26.485 por cuanto protege a las mujeres, específicamente contra la violencia sexual, se acoja el recurso y se permita la continuación de la investigación. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Fiscal Adjunto de la Procuración General

El dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal considera que la impugnación en tratamiento procede formalmente y debe tratarse en el fondo, aunque el análisis en ese sentido señala que no corresponde hacer lugar al recurso. Sostiene que los dos tribunales de instancias previas analizaron una a una las pericias realizadas al progenitor, a la madre y a la niña, con la profundidad que merecen por su complejidad y las diversas interpretaciones que ha realizado la querrela.

A su entender, no hay arbitrariedad en la decisión porque los hechos atribuidos al acusado no se han verificado con el grado de probabilidad necesario para elevar la causa a juicio, pues no se desprenden de las pericias que le efectuaron a la menor de edad. Si bien de ellas surge que la niña no miente, el juez de instancia previa efectuó explicaciones sobre la mitomanía como patología e hizo alusión a la parte de la

pericia que hablaba sobre la posibilidad de influir fácilmente e inducir respuestas con apariencia de autonomía. Respecto a las consideraciones del a quo sobre el estado psicológico de la madre, considera que resultan adecuadas al informe del CAI. Sobre los testigos R. y O., afirma que no fueron tomados en consideración por el juez para resolver. Por otra parte, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, señala que el a quo no ha referido que exista animosidad de la denunciante hacia el acusado, sino que ha efectuado un análisis de las constancias de la causa y ha concluido que no surge un perfil violento en el acusado. Expresa que el a quo llevó adelante un minucioso y detallado análisis de las pericias efectuadas a lo largo de toda la causa y advirtió que no surgía un perfil de violencia en el acusado, ni que la niña hubiera sido sometida a abuso sexual por su parte.

En cuanto al informe de los Dres. Z. y C., que le aconsejaron a la madre que hiciera la denuncia penal, consideró que había sido producto de una entrevista con la madre y no con la menor de edad. También explicó que el informe del EPAASI señaló que la niña no lograba desarrollar un relato que permitiera tomar contacto con una posible situación de victimización sexual, pericia que fue realizada con la presencia de un perito de control del querellante. Destaca el Fiscal Adjunto que el juez también tuvo en cuenta que en la Cámara Gesell la niña respondía con lenguaje gestual y que no se escuchaban las respuestas, e hizo referencia a la imposibilidad de volver a interrogar a la víctima por la marcada victimización que presentaba. Sin bien de la entrevista surgía que su padre le hacía caricias en todo el cuerpo y que le lavaba la cola en el lavamanos, a su juicio ese comportamiento no se adecua al tipo objetivo del abuso sexual. Sobre lo expresado por la Licenciada G., rescata el Fiscal Adjunto que el a quo no consideró determinante esa prueba en tanto daba cuenta de había vivencias sexualizadas en la menor y que la niña había asumido como inadecuadas, pero tomó en cuenta que cuando la Asesora de Menores interviniente en una causa del fuero de familia le solicitó un informe a la profesional mencionada, ésta expresó que la niña no presentaba indicadores de abuso sexual.

En ese punto, también coincidió la licenciada D. quien además expresó que quiso comunicarse con el progenitor para explicarle algunas etapas evolutivas de la niña para que algunos comportamientos se instrumentaran de otra manera, pero sin considerar abuso.

En definitiva, el Fiscal Adjunto considera que el juez ha sido muy detallado en la valoración de cada elemento de prueba, sin que se advierta arbitrariedad en la resolución ni animosidad, de modo tal que no es posible concluir con el grado de convicción suficiente que la menor de edad haya sido víctima de abuso. Por tales motivos, aconseja el rechazo del recurso.

4.- La solución del caso

Voto preopinante. Palermo

Puesto en consideración los motivos de agravio expuestos por la abogada representante de la querellante particular, así como de las restantes constancias de la causa, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso de casación articulado, ello en base a las razones que a continuación paso a detallar. A efectos de alcanzar una decisión suficientemente fundada, en primer lugar, reseñaré el hecho atribuido a P. G. H. G, pues lo considero oportuno para la revisión del material probatorio y de su mérito en la instancia de apelación. En segundo lugar, explicaré bajo qué parámetros deben analizarse aquellos casos que presentan las particularidades del presente, es decir, en los que se evalúa la posible comisión de abusos a niñas, niños o adolescentes. Por último, me ocuparé de cada uno de los agravios expresados por la recurrente y los contrastaré con la sentencia impugnada y las constancias obrantes en autos. a.- Según el acta de imputación formal que obra a fs. 206 y vta., única pieza acusatoria obrante en autos contra el H. G. dado que el Ministerio Público Fiscal no requirió la elevación de la causa a juicio, el hecho

que se investiga en autos es el siguiente: «entre los meses de octubre a noviembre del año 2013, la menor M.P.H.P. comenzó a ser tratada por la psicóloga S. D. De R., quien notó que la menor tenía conductas erotizadas, que dibujaba y hacía elementos fálicos con plastilina. Lo mismo sucedió con la psiquiatra M. P., quien también notó un alto grado de erotización en la menor, en el mes de enero o febrero del año 2015, siendo derivada al Infanto Juvenil del Hospital Carlos Pereyra, posteriormente al GAR del Hospital Notti y actualmente es atendida en la Fundación Hospiniño. La señora M. P. manifestó que cuando su hija dejó de ver al padre, la misma le pedía que le lavara la cola como lo hacía su padre, a lo que la denunciante le preguntó por qué, si ya tenía seis años de edad lo tenía que hacer sola y la menor le dijo que el papá la levantaba, le lavaba la cola en el lavamanos y le hacía cosquillitas. También le pidió que le hiciera caricias como le hacía el papá cuando ella dormía con él, que a veces estaba desnudita. La progenitora le pidió que le mostrara cómo eran esas caricias, a lo que la menor le enseñó tocándose con sus dos manos en todo el cuerpo. La denunciante manifestó que en el año 2013, su hija presentaba encopresis, infecciones urinarias a repetición, que había encontrado en repetidas oportunidades a su hija masturbándose, queriendo jugar al doctor con los amiguitos y/o amiguitas, que en una ocasión que la fue a ver porque estaba cuchicheando con una amiguita, vio que su hija le estaba por sacar la bombacha a la amiguita, por lo que ella las separó, le preguntó a su hija qué estaba haciendo, de dónde había sacado esos juegos. Su hija le dijo que le iba a dar besitos y decía que no se acordaba en dónde había visto eso, que no sabía si en revistas o en películas o en un restaurante donde van solos los novios. En un primer momento dijo que no sabía dónde estaban esas revistas o películas, luego dijo que en la casa del padre o en la casa de la tía É., que es hermana de P.. Además que hacía dibujitos, juegos con plastilina, en los mismos consultorios psicológicos, todos con sentido fálico. En otra ocasión, del año 2013, su hija le contó que con el hijo de É. se habían mostrado las partes íntimas. Manifestó la denunciante que ella descubrió que P. tenía películas pornográficas de un alto contenido sadomasoquista entre las películas infantiles de su hija, en la casa cuando vivían juntos, hacía unos seis años atrás. A fs. 51, obra copia de la partida de nacimiento de la menor M.P.H.P. donde consta que es hija del señor P. G. H. . Como así surge de fojas 85, obra certificado médico expedido por el doctor E. S., quien manifestó que la menor M.P.H.P. presentaba examen normal, sin lesiones físicas, con genitales normales sin signos de desgarró». En base al hecho así relatado, se imputó al acusado el delito de abuso sexual simple, agravado por el vínculo (art. 119 primer párrafo en función del último párrafo letra “b” del CP). b.- Las constancias de autos dan cuenta de que, a fs. 489/493 y para fecha 06/12/16, el entonces Juzgado de Garantías N° 5 sobreseyó a P. G. H. G del delito de abuso sexual simple, agravado por el vínculo, que se le atribuía en los presentes autos. Tal pronunciamiento fue dictado a instancia de la defensa y del representante del Ministerio Público Fiscal –v. fs. 472/482 y 484/488–. Ese pronunciamiento fue apelado por la querellante particular –v. fs. 506/508 y 526/535–, recurso que fue acogido por la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal en fecha 14/09/17 –v. fs. 538/539 y vta.–. Para así resolver, el mencionado Tribunal tomó en consideración que el sobreseimiento había sido pronunciado en forma escrita, es decir, con omisión de la audiencia prevista en el art. 362 del CPP, en ausencia de las partes del proceso y con la consecuente omisión de fundamentación en forma inmediata y oral. Con posterioridad, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó audiencia a efectos de solicitar en forma oral el sobreseimiento del imputado formulado por escrito a fs. 484/488 –v. fs. 559–. El día 01/03/18 se llevó a cabo la audiencia en presencia de las partes, y el día 12/03/18, juez del entonces Sexto Juzgado de Garantías, dictó la Sentencia N° 5.271 en la que sobreseyó a H. G del delito endilgado. La querellante particular apeló esa resolución –v. fs. 576/577–, recurso al que se dio trámite en el incidente N° P-24.101/18, y en el que el magistrado interviniente de la entonces Octava Cámara en

lo Criminal, acogió el planteo. Afirmó que la sentencia no explicaba acabadamente por qué motivos arribaba a la solución tomada, pues todos los argumentos aparecían como genéricos y dogmáticos, sin referencia a las pruebas que permitían llegar a la conclusión. Consideró que la sentencia extraía conclusiones de las pruebas, sin individualizarlas ni indicar qué prueba permitía extraer cada conclusión, y además no se aludía a la Cámara Gesell. Agregó que tampoco podía afirmarse linealmente que, de haberse valorado correctamente la prueba, se hubiera llegado a la misma solución –v. fs. 32 y vta., autos N° P-24.101/18, resolución del día 17/04/18–. Por expresas directivas del Fiscal en Jefe de la Unidad Fiscal de Delitos contra la Integridad Sexual, el Ministerio Público Fiscal solicitó nuevamente el sobreseimiento del acusado, cuestión que se ventiló en audiencia los días 10/08/18 y 27/08/18 y que concluyó con el dictado de la Sentencia N° 964 del Juzgado Penal Colegiado N° 2 en la que se sobreseyó a H. G.. La mencionada resolución fue apelada por la querellante particular, impugnación que fue resuelta en la sentencia impugnada mediante el recurso de casación ahora en tratamiento y antes reseñada. c.- Ahora bien, toda vez que el hecho que se investiga en autos importa la posible comisión de un abuso sexual contra una niña, encuentro adecuado señalar algunos criterios que este Tribunal ha establecido para evaluar particularidades de este tipo de casos para el proceso penal. En primer lugar, debe tomarse en consideración el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas. El agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de los menores, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Estos derechos se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. De este modo, el deber de fundamentación de un pronunciamiento sentencial en casos en que se hayan comprometidos los derechos de quienes integran un componente social altamente vulnerable, importa asumir un compromiso por parte del órgano juzgador en profundizar la exigencia de claridad y completitud, a los fines de impedir que el error o déficit de fundamentación pueda trasuntar en una revictimización de quienes han sido víctima de este tipo de hechos -abusos sexuales infantiles-. En segundo orden, con anterioridad he señalado que las características propias de los delitos contra la integridad sexual -sobre todo, en caso de presuntas víctimas menores de edad-, imponen un nuevo paradigma en la valoración de la prueba en el proceso penal y de sus etapas de forma tal que, al tomar una decisión, deben articularse adecuadamente las normas dirigidas a la protección de las niñas, niños y adolescentes y las garantías de toda persona sometida a proceso. Es decir, es necesario tener en consideración que aún en casos de delitos contra la integridad sexual contra niñas, niños y adolescentes, no pueden vulnerarse las barreras que edifican las garantías constitucionales (conf. «Castro Navarro»). Finalmente, este Tribunal ha destacado el especial compromiso que respecto de víctimas pertenecientes a sectores vulnerables de la población el Estado argentino ha asumido para garantizar el efectivo acceso a la justicia, consideraciones que resultan aplicables al presente por presentar la víctima una doble situación de vulnerabilidad: por ser mujer y por ser niña. El compromiso referido trae aparejadas consecuencias jurídicas en relación con el derecho a la verdad y el deber de investigación del Estado (véase a tales efectos «Merlo Donaire»). En definitiva, en base a estos parámetros es que corresponde analizar el caso que nos ocupa. d.- Sentado cuanto precede, debo adelantar que a mi entender el tribunal de instancia previa aplicó en forma satisfactoria los estándares probatorios antes delineados, pues para considerar si se encontraban acreditados o no los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima ponderó debidamente elementos de juicio incorporados legítimamente al debate, bajo los parámetros de valoración que impone

la temática en estudio. En efecto, del estudio de los agravios planteados por la parte querellante no se advierten los vicios atribuidos a la decisión impugnada. Los agravios presentados se vinculan, todos ellos, a la forma de valoración de pruebas efectuadas por el a quo y pueden sintetizarse del siguiente modo: 1) una errónea valoración del informe del EPAASI de fs. 353/345, así como de la Cámara Gesell, pues no se habrían evaluado en contraste con el testimonio de la niña, o al menos no se le habría otorgado a este último el peso probatorio adecuado; 2) un incorrecto mérito del testimonio de la Lic. G., pues si bien sostuvo que no existirían indicadores específicos de abuso sexual, también informó sobre vivencias sexualizadas que la niña percibió como invasivas y placenteras; 3) la omisión, al evaluar los testimonios de L. R. y M. lo. –que daban cuenta de un contacto previo de la denunciante para perjudicar al acusado– de las características de los agresores de género, que son capaces de esconder su verdadera personalidad y mostrarse agradables ante el resto; 4) se valoró una supuesta animosidad de la denunciante contra el autor, que habría motivado una falsa denuncia, lo cual no está acreditado y no se condice con los verdaderos motivos de la denuncia, vinculados al asesoramiento de psicólogos e, incluso, a una prescripción médica de denunciar; 5) la ausencia de valoración de la evaluación psicodiagnóstica de la Fundación Hospiniño, que da cuenta de indicadores de abuso; y 6) en general en la valoración probatoria, un erróneo foco en la denunciante -que atravesaba una situación personal compleja producto de su divorcio violento motivado por los abusos hacia su hija- en lugar de centrarse en el acusado. A partir de estos agravios, considera que la decisión es arbitraria y carente de fundamentos, y por ello nula conforme a las prescripciones de nuestra normativa procesal. De forma preliminar, advierto que todas las críticas enumeradas constituyen una reedición de los puntos tratados en la instancia previa. La revisión de las constancias audiovisuales de la audiencia de apelación remitida a esta instancia bajo el título «H. apelación 11-10-2018 parte 1» permite notar que la querellante particular cuestionó cada una de las pruebas que fueron enumeradas antes, a partir de exactamente los mismos argumentos empleados ante el tribunal de apelaciones. En efecto, principió con un cuestionamiento sobre la valoración del informe del EPAASI -v. audiencia, min. 04:46 y ss.-; tras lo cual criticó el mérito de la Cámara Gesell -v. min. 06:27 y ss.-; de la testimonial de la Lic. G. y el informe de la Fundación Hospiniño -v. 10:23 y ss.-, de los testigos R. y O. -v. 12:57 y ss.-; de las alegaciones sobre una posible falsa denuncia -v. 12:44 y ss.- y, finalmente, del estado psicoemocional de la denunciante -v. 19:00 y ss.-. El cuestionamiento del mérito de las mismas piezas de prueba valoradas por la jueza del Juzgado Penal Colegiado de forma insistente y a partir de las mismas razones aparece, antes que como una crítica a la fundamentación del Juez del Tribunal Penal Colegiado, como una muestra de disconformidad con el sentido valorativo propia de la posición procesal que ocupa la recurrente. Sin embargo, y a efectos de garantizar un adecuado y exhaustivo control casatorio, en lo sucesivo analizaré cada una de las pruebas que han dado fundamento al rechazo del recurso de apelación. En primer lugar, el juez de la instancia previa se ocupó de las críticas al informe de los profesionales de la salud Dr. Z. y Lic. C., donde sugirieron a la madre de la niña realizar una denuncia de manera urgente. El a quo sostuvo al respecto que los cuestionamientos efectuados por la querellante particular pasaban por alto que el informe mencionado, obrante a fs. 39/43 y emitido por el Programa Provincial de Prevención y Atención Integral de Maltrato Infantil, expresa «todo lo que se expone en el citado informe da cuenta de una entrevista con la progenitora», es decir, la luego denunciante M. P. -v. audiencia «H-H. apelación 11-10-2018 parte 2», min. 2:10 y ss.-. Dicho con otras palabras, los profesionales de la salud se basaron en la versión de los hechos de la madre de M.P.H.P. para aconsejar la denuncia en sede judicial, motivo por el cual el valor probatorio de este documento se circunscribe a la versión expuesta por la denunciante a los médicos nombrados, mas no constituye un indicio sobre la

veracidad de esos dichos. Por este motivo, concuerdo con la valoración del a quo al respecto. En segundo lugar, y en relación con el informe del EPAASI al que hizo alusión la recurrente, obrante a fs. 353/354, el juez tomó en consideración que en su punto 1 señala que la niña no lograba desarrollar un relato que permitiera tomar contacto con una posible situación de victimización sexual; pero que su relato era claro y concreto cuando hablaba de la violencia con la que su padre la trataba. Luego agregó que, en su punto 2, el informe descartaba antecedentes compatibles con fabulación o mitomanía en la menor de edad, y señaló que «en general esto son considerado patologías. Es decir, si bien hay algún análisis desde el punto de vista infantojuvenil, ..., que algunos entienden que no es netamente una patología, pero desde la óptica general es vista como una patología. El informe dice que efectivamente la niña no tiene esa patología, lo que no implica necesariamente que no mienta, o que no pueda estar influenciada. De eso algo dice también el punto número 3, que puede ser fácilmente influenciable o inducida, y como bien aclaró la Dra. V. por la recurrente, que en el caso concreto la niña demuestra en la entrevista que no se expresa bajo indicios compatibles con influencia o inducción ... a renglón seguido dice “sus respuestas son aparentemente libres” Hay que tomar en cuenta que esta pericia del EPAASI se hizo en conjunto con la Lic. A.M. V., es decir, en este punto tuvo el contralor de una perito de parte. Respecto del punto 5 al que hace alusión el citado informe, se desprende que “en este caso particular estamos frente a una niña que no desarrolla relato alguno respecto de los posibles transgresiones sexuales que habría recibido, según informa la progenitora”, es decir, el análisis del abordaje es según lo que informó la progenitora, y no se detectó de acuerdo al análisis que hace el EPAASI esa situación. Respecto del stress postraumático, no hay secuela de algún tipo de agresión sexual, y aconseja la realización de una Cámara Gesell» -v. audiencia, min. 03:22 y ss.-. También se expidió en relación con la Cámara Gesell llevada a cabo con la niña, que el a quo dejó constancia de haber analizado personalmente, y de la que a su entender surgían las únicas dos situaciones potencialmente considerables como abusos sexuales simples atribuibles a H. G.. Sostuvo que «según la niña “mi papá me hacía caricias, en todo el cuerpo”, y luego detalló cómo eran esas cosquillas: que eran lindas y demás, es decir, puntualmente caricias en todo el cuerpo. Luego da cuenta de que su papá la limpiaba, le lavaba la cola en el lavamanos cuando iba al baño». Consideró que esa prueba tenía valor fundamental para el proceso, dado el carácter infantojuvenil del abordaje que corresponde hacer en este tipo de casos, descartó una nueva entrevista a efectos de evitar su revictimización, y afirmó literalmente que «no veo cómo, desde el punto de vista del tipo objetivo, esto que marca la niña sea adecuado al abuso sexual que requiere la figura. Esto es porque el abuso sexual, descartando el acceso carnal o su intento, es todo aquél tipo de contacto o acercamiento entre la víctima y el sujeto activo de la agresión sexual. Obviamente desde mi óptica –y en esto discrepo con lo que manifestó el representante del Ministerio Público Fiscal, no soy partidario de la teoría subjetiva que requiere la finalidad libidinosa por parte del sujeto activo, esto lo descarto. Desde ese punto de vista entiendo que basta con un criterio objetivo en el sentido del tocamiento para que estemos inmersos en la figura del artículo de mención. Ahora bien, ese tocamiento, desde mi óptica y de acuerdo a lo que el legislador entendió al establecer la figura del primer párrafo del 119, deben ser en las partes pudendas de la víctima, es decir, con un claro contenido sexual. Y esto no lo vamos a saber. Esto no lo vamos a saber porque la víctima refiere “caricias en todo el cuerpo”. Es decir, repreguntada en la Cámara Gesell sobre en qué partes del cuerpo, no se puede discriminar en qué partes del cuerpo. Y esto es esencial, medular, desde mi óptica, para entender si nos encontramos desde un punto de vista objetivo en la figura del art. 119 primer párrafo» -v. audiencia, min. 06:46 y ss.-. Las consideraciones señaladas en torno al informe del EPAASI y la Cámara Gesell, permiten descartar que -como afirma la recurrente- se haya restado peso

probatorio a los dichos de la niña. Por el contrario, resultan demostrativas de un adecuado mérito de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica racional y las particulares circunstancias del caso. Al respecto, corresponde destacar que según lo ha sostenido este Cuerpo, en esta clase de delitos el testimonio de la víctima aparece como prueba dirimente del hecho y, en el caso de que ésta resulte ser una niña, “su relato ... no puede ser objeto de un control de logicidad de la misma estrictez que el de un mayor de edad, como evidencia el tratamiento que se le dispensa en otros ámbitos de su vida de relación familiar, escolar, social, etc. Lo cual es claramente corroborado por la psicología, que subraya tales peculiaridades, tornando aconsejable el acompañamiento de tal valoración con las conclusiones de las pericias psicológicas que practiquen sobre la víctima” (conf. «Ramos Palacios»). En el caso que nos ocupa se advierte que el a quo efectivamente vinculó las declaraciones de la niña a las que tuvo acceso a través de la entrevista en Cámara Gesell con las circunstancias de la causa y, en particular, el informe del EPAASI. No se advierte una confusión, como sugiere la recurrente, entre la valoración del relato de la niña con el estado psicoemocional de su madre, sus conflictos de pareja con el imputado, ni con una pericia psicológica efectuada por el CAI. La compulsión de las constancias audiovisuales requeridas me conduce a concordar, respecto de la valoración de los dichos de la niña vertidos en Cámara Gesell, con el representante del Ministerio Público Fiscal en su dictamen respecto de la corrección del mérito llevado a cabo por el a quo, cuando afirma que la niña respondía con lenguaje gestual y que no se escuchaban con claridad sus respuestas. Si bien de la entrevista surgían contactos entre el acusado y su hija, las expresiones de la niña no resultan –en lo que es posible interpretarlas– indicativas de una situación de abuso sexual. Sobre el testimonio de la Lic. G. –profesional de la salud que se desempeñaba entonces en la Fundación Hospiniño y tomó contacto con la niña– prestado a fs. 199/200 y que la querellante considera meritado sólo parcialmente, debe señalarse que el a quo lo descartó como prueba determinante porque si bien daba cuenta de algunas vivencias sexualizadas por parte de la menor de edad, que las habría considerado conductas inadecuadas, se contradecía con el informe presentado por ella misma en los autos N°484/14 caratulados “Compulsa en autos N° 2968/13/8F caratulados “P. M. A. c/ P. G. H. G p/ VIF (Ley 6.672)”. En esos autos, según afirma la Asesora de Menores a fs. 241 de los presentes, se requirió informe sobre el estado de salud mental de la niña y la misma Lic. G. afirmó que había querido comunicarse con el aquí acusado para explicarle algunas etapas evolutivas de la niña, para que «algunos comportamientos del papá se instrumenten de una manera diferente, por ejemplo, a lo erotizado que la niña no puede dormir con el papá. “No estoy hablando de abuso” dice la licenciada D. citada por la Dra. S., “la idea es que la niña supere el Edipo propio de esa edad y el trato del padre hacia la madre, etc”. Dicho informe consta agregado a fs. 240 y vta. Es decir, retomando lo declarado por la Lic. G. y en relación a estas dos evidencias incorporadas al expediente, debe descartarse según los propios dichos de la licenciada G., la mera posibilidad de que haya habido abuso sexual por parte de su progenitor» -v. constancias audiovisuales, min. 11:24 y ss.-. Más tarde, el a quo se ocupó también de poner en relación estas consideraciones con la evaluación psicodiagnóstica realizada por la Lic. G. a fs. 223/224, que –a su entender– no modificaba la conclusión a la que había arribado respecto de sus informes y su relación con el presente proceso -v. constancias audiovisuales, min. 15:50 y ss.-. Concuerdo con el Fiscal Adjunto de la Procuración General en cuanto a que el mérito efectuado por parte del a quo resulta apropiado toda vez que, en lugar de considerar de forma parcializada el dictamen de la profesional, se valió de la totalidad de la prueba disponible a efectos de desentrañar su valor como evidencia en contra del acusado. Esta forma de valorar la prueba es consistente con los parámetros establecidos por la normativa procesal y con las precisiones que al respecto ha señalado esta Suprema Corte de Justicia. Tampoco en relación con la

valoración de las testimoniales de L. R. y M. O. advierto los vicios que alega la recurrente. El a quo advirtió -a mi entender, adecuadamente- que su testimonio no resultaba esencial para dilucidar la cuestión medular que se intenta resolver -es decir, la posible existencia de abusos sexuales-, pero que aun así sus declaraciones podían ser evaluadas en su vínculo con la denunciante. Respecto de esto, y tal como ha señalado el representante del Ministerio Público Fiscal en su dictamen, valoró las declaraciones sólo como muestras de la actitud de la madre de la niña -quien, según los dichos de ambos, habría intentado influenciarlos para declarar en contra del acusado pero no para delinear características positivas ni negativas de la personalidad de H. G, como pretende la querellante particular. Por este motivo, el motivo de agravio señalado debe ser rechazado por esta instancia de revisión. Frente a estos argumentos, la letrada recurrente no ha articulado objeción alguna que demuestre en qué punto el razonamiento del tribunal ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa, razón por la que no pueden compartirse las críticas formuladas en el recurso. A más de ello, considero pertinente resaltar que el magistrado de la instancia previa no sólo evaluó, a mi entender, de manera adecuada el plexo probatorio cuestionado por la querellante particular, sino que lo mismo hizo respecto de todas las pruebas de las que pudo valerse para dilucidar la cuestión, como los informes del CAI respecto del imputado (fs. 86/87), la niña y la denunciante (63/65). Las consideraciones efectuadas dan cuenta de un mérito respecto de la evidencia completo, carente de sesgos cognitivos, prejuicios de género o menosprecio a situaciones de vulnerabilidad, que arroja como resultado una decisión debidamente fundada sobre la cuestión en tratamiento. En conclusión, por las razones expuestas precedentemente entiendo que los agravios deducidos por la parte recurrente no pueden prosperar y, en consonancia con lo expuesto por el señor Fiscal Adjunto de la Procuración General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada. ASÍ VOTO.

Voto adherente. Valerio.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación formulado por la querellante particular en autos.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de octubre de 2019.-

40- W.M.J.A.. 25-10-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcWMJ.pdf

Lex: Art. 474 del CPP. Art. 119, 1° párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual Simple. Abuso deshonesto. Valoración de la prueba. Prueba indiciaria. Indicios. Relato de la víctima. Situación de vulnerabilidad. Perspectiva de género. Violencia de género.

Summa:

El TPC N°2 de la 1º CJ, condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** en suspenso como autor penalmente responsable del delito de abuso deshonesto (art. 119, primer párrafo del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Resolución de fs. 224 y vta., pronunciada por el TPC N° 2.

Precedentes citados

a-SCJM

- Teves Lucero: 05-07-18: <https://jusmendoza.gov.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>
- Italiani.
- Merlo Lassa: 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Biscontín Tobares. 17-05-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210517_FcBTS.pdf
- Agüero Pérez. 25-02-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=777>
- Paz Parra. 03-09-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200903_FcPPJ.pdf
- Merlo Donaire. 08-20-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190308_FcMDJ.pdf
- Tapia Castillo. 14-06-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220614_FcTCJ.pdf
- Baltazar Cruz. 25-04-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220425_FcBCH.pdf

b-CIDH

- Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. 08-03-18. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_350_esp.pdf
- Caso Espinoza vs. Perú. 20-11-14. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf
- Caso Rosendo Cantú vs. México. 31-08-10: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Parágrafos destacados

Del voto preopinante: “Así, el juez acierta cuando prologa el desarrollo de sus consideraciones sobre la valoración de la prueba haciendo referencia a la especial situación de vulnerabilidad de A. —una mujer de

26 años, empleada del servicio de limpieza, descrita por los testigos como «muy tímida, tranquila y trabajadora» (G., f. 226)– frente a W. –un médico de carrera de 64 años de edad descrito como «firme, enérgico y grandilocuente» (D., f. 229)–, pues la actividad de valoración de la prueba en casos de esta índole no puede permanecer ajena a la perspectiva de género. Y es precisamente este contexto el que permite explicar ciertas particularidades de la dinámica de los hechos, así como el papel central de la declaración de la víctima mujer y los eventuales matices que esta puede presentar durante las diversas etapas del proceso.”

Del voto preopinante: “Precisamente, el «contexto de violencia» comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad sexual. De allí, que cobra especial relevancia el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional.”

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

(A.Y.)

Fallo.

CUIJ: 13-04418562-2/1((018602-91641)) F. C/ W. M. J. A. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE (91641/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104498766*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04418562-2/1, caratulada "F. C/ W. M. S/ RECURSO DE CASACIÓN".

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

La defensa técnica de J. A. W. M. interpone recurso de casación (fs. 231/242) contra la resolución de fs. 224 y vta. mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 condenó al nombrado a la pena de un año de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de abuso deshonesto (art. 119, primer párrafo del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

Los magistrados sentenciantes tuvieron por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria los hechos narrados en el requerimiento fiscal de citación a juicio, a saber, que «para fecha 08 de setiembre del 2016, siendo las 09:00 hs. aproximadamente, J. A. W. M, tocó con sus manos la cola de la víctima M. M. A., transgrediendo de este modo los límites de sus [sic] sexualidad, oportunidad en que la misma se encontraba en la cocina del PAMI, sito en» (fs. 225).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró la declaración de la víctima; los testimonios de M. V. G., R. S., L. D, M. F. y R. C.; el informe psicológico producido por el Cuerpo Médico Forense (fs. 14); el informe psicológico practicado al imputado (fs. 80); el descargo del acusado y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de W. M considera que la resolución referida padece vicios in procedendo, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito. En concreto, expresa que: a.- El relato de la víctima no concordaría con la denuncia ni se citarían las contradicciones con sus declaraciones anteriores, lo que demuestra una abierta parcialidad del juez interviniente. b.- Las declaraciones testimoniales prestadas por V. G., R. S., L. D. e I. A. han sido valoradas incorrectamente. c.- La psicología no es una ciencia exacta y el hecho de que se afirme en el informe técnico que el relato de la denunciante no tiene características fabulatorias no significa que no pueda mentir. En la misma línea, cuestiona el informe de fs. 80, donde se analiza la personalidad del imputado y se sugiere la necesidad de tratamiento psicológico. d.- La hipótesis defensiva habría sido «minimizada» por el juez interviniente sin una debida fundamentación, en tanto la versión del imputado encontraría sustento en los dichos de C. y D. En suma, el recurrente considera que no se ha alcanzado la certeza positiva o negativa sobre la culpabilidad de W. M y que, con base en el principio in dubio pro reo, debe determinarse su absolució. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 262/264). Después de resumir los motivos casatorios esgrimidos por el recurrente y dejar sentado que el recurso interpuesto procede formalmente, refuta cada uno de los argumentos defensivos y confirma la validez de la sentencia condenatoria.

En aquel sentido, el titular del Ministerio Público Fiscal reafirma el razonamiento del a quo en orden a la valoración de los testimonios de cargo y, en particular, en lo que respecta a la declaración de la víctima. Por su parte, respecto a los informes psicológicos practicados a A. y W. M refiere que los mismos constituyen medios probatorios adicionales que corroboran los dichos de la víctima y, a la inversa, le restan credibilidad a la hipótesis defensiva.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

El recurrente se mueve exclusivamente en el nivel de los vicios in procedendo con el fin de hacer decaer la validez del razonamiento del a quo y, para ello, ataca ordenadamente la declaración de la víctima, las declaraciones de los testigos y el valor de los informes psicológicos practicados a A. y W.. En último lugar, la defensa insiste en la fuerza de la versión de los hechos brindada por el imputado.

a.- Preliminarmente, me parece importante descartar que el juez ha realizado un minucioso trabajo analítico de cada uno de los elementos de prueba ofrecidos por las partes. Esto puede advertirse rápidamente en una primera lectura de la sentencia, en la que ya se observa un estudio particular de las manifestaciones de la víctima, de las declaraciones testimoniales y de los informes psicológicos. Al mismo tiempo, las pruebas son puestas en relación unas con otras, proceder que le permite al a quo tener una visión total del sentido del plexo probatorio.

En otro orden de ideas, al magistrado sentenciante no se le escapa que hechos de este tipo se producen en ámbitos de intimidad donde cobran especial relevancia los dichos de la víctima, circunstancia que, sumada a que en los casos de violencia de género existe un entorno que dificulta la investigación, implica brindar especial atención al testimonio de la persona afectada (fs. 225 vta.).

Así, el juez acierta cuando prologa el desarrollo de sus consideraciones sobre la valoración de la prueba haciendo referencia a la especial situación de vulnerabilidad de A. –una mujer de 26 años, empleada del servicio de limpieza, descrita por los testigos como «muy tímida, tranquila y trabajadora» (G., f. 226)– frente a W. –un médico de carrera de 64 años de edad descrito como «firme, enérgico y grandilocuente» (D., f. 229)–, pues la actividad de valoración de la prueba en casos de esta índole no puede permanecer ajena a la perspectiva de género. Y es precisamente este contexto el que permite explicar ciertas particularidades de la dinámica de los hechos, así como el papel central de la declaración de la víctima mujer y los eventuales matices que esta puede presentar durante las diversas etapas del proceso.

Sobre esto, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en «**Teves Lucero**», «**Italiani**» y «**Merlo Lassa**», entre otros. La incorporación de la perspectiva de género a la actividad de valoración de la prueba por los órganos judiciales, se desprende de los deberes asumidos por el Estado mediante las leyes 24.632 –por la que se aprueba la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”– y 26.485 –“Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”–.

Al respecto, cabe sostener que frente a hechos en los que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación con una víctima mujer que convive o trabaja con él, a la que intimida y trata con violencia, el estudio de la prueba adquiere características especiales. En estos casos no puede prescindirse de un abordaje contemplativo de las particulares circunstancias en las que se desarrollan los actos de violencia en una relación laboral.

Precisamente, el **«contexto de violencia» comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva**, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad sexual.

De allí, que cobra especial relevancia el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional.

Ahora, en lo que respecta al caso concreto, el juez advierte que la denunciante realizó un relato que «lució creíble, consistente y persistente» (fs. 225 vta.).

Esta afirmación, central para la solución del caso, está sostenida con base en una serie de elementos de juicio que aportan credibilidad a la testigo. En primer lugar, la impresión que los jueces tuvieron de la víctima al momento de declarar en sede de debate.

El magistrado preopinante puso de relieve «la conmoción que le produjo a la víctima ver allí al acusado W.», la reticencia al momento de declarar y sus afirmaciones al momento de no querer hablar más del hecho (fs. 225 vta.).

En segundo lugar, las frases de contenido sexual que A. aseguró el imputado le profirió en ocasión de proceder a los tocamientos no consentidos, se encuentran confirmadas en las declaraciones de G. y S., quienes afirmaron que les fueron compartidas después de la denuncia (inmediatamente, infra).

En suma, la crítica del lugar central que el a quo le asigna a la declaración de la víctima, dado el contexto en el que se produjo el abuso sexual, no puede prosperar. b.- Las declaraciones de V. G., R. S. y L. D. también son colocadas por el a quo en un lugar central de su silogismo. Éstas confirman los dichos de A., al mismo tiempo que le restan fuerza a la hipótesis defensiva (de esto me ocuparé en el punto d.-). V. G. confirma la versión de A., en efecto «dijo en la audiencia que el día del hecho estaba en la oficina de Sistemas de PAMI, en calle ..., lugar en el que trabaja y que llegó allí la víctima llorando, la que desde la puerta la llamó diciendo ‘podés venir’. Como estaba trabajando le señaló que ya iba y pensó que era porque a veces ayudaba a A. con sus estudios. Recordó G. que M.M. le insistió y seguía llorando. Se acercó y la joven le pidió que fueran al baño, indicándole que un señor de pullover a cuadros estando en la cocina le había tocado la cola» (fs. 226).

Este testimonio es valorado con especial atención por el juez y calificado como claro, preciso y creíble, en tanto es a V. G. quien A. le menciona los tocamientos y la invitación «a ir a algún lado o a hacerlo en algún lado» [sic]. Todo ello, al mismo tiempo que le individualiza a W. como el autor del hecho. Por su parte, el juez sentenciante puso de relieve que R. S. corrobora la versión de la víctima y continúa en la línea de lo declarado por V. G..

El testigo (supervisor de personal de la oficina de PAMI de calle ...) relató que le informaron de que la mujer que trabaja en la limpieza estaba descompuesta en una sala y que al llegar allí encontró a A.

sollozando «...‘con un llanto muy profundo’ y le contó que una persona a quien individualizó como el doctor W., estando ambos en la cocina, le había tocado la cola y que la había invitado a salir» (fs. 226 vta.). En la misma línea, L. D. expuso en su testimonio que concurrió a la oficina de cómputos en la que estaba la víctima, oportunidad en que la vio llorando y le contó que «W. le había tocado la cola» (fs. 226 vta.)

Según el juez sentenciante, estos testimonios corroboran la situación psicológica de angustia y conmoción en la que se encontraba la víctima minutos después del hecho. Valoración que, una vez compulsada la prueba obrante en la causa, ha sido practicada correctamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional.

Finalmente, los dichos de I. A. son calificados como un testimonio de «buena fe», pero que confunde la secuencia temporal en la que tuvo lugar el hecho. En la sentencia se subrayan tres inconsistencias a fs. 226 vta./227 relativas a su encuentro con la víctima, el acusado y, finalmente, con el resto del personal de la oficina en la cocina.

Del mismo modo, los testimonios de F. y C. son analizados y descartados en relación con su relevancia para la prueba del hecho objeto del proceso. Sucintamente, los testimonios analizados son sólidas pruebas que permiten afirmar la responsabilidad de W. por el hecho imputado y que, conforme lo dicho, han sido correctamente valoradas por el a quo. c.- La defensa tampoco consigue lo que se propone cuando ataca el sentido de los informes de fs. 14 y 80 en los que se examinan a víctima y acusado en orden a determinar sus perfiles psicológicos y cómo estos pueden repercutir en la reconstrucción de los hechos.

Es que, la defensa se limita a decir que la «la psicología no es una ciencia exacta» y que los resultados de los informes no son determinantes, pues, específicamente en relación con la víctima, no descartarían que ella pudiera mentir. Si bien es cierto que la psicología no es una ciencia exacta al estilo de las ciencias de la naturaleza y que estos informes no operan a modo de un «detector de mentiras», no es menos cierto que esta disciplina posee una metodología concreta para regular tanto los estudios como la producción de sus conocimientos. Sin embargo, más allá de estas consideraciones genéricas frente a la cuestión –ligeramente– planteada por la defensa y que aquí no corresponde encarar con la atención que merecerían, advierto que el resultado de los informes psicológicos se articula armónicamente con el sentido de la prueba de cargo que el juez correctamente valora.

Es que, a la solidez del relato de la víctima, sostenido a su vez en los testimonios brindados en la audiencia de debate, se suma el análisis de su relato como «claro, concreto, sentido y sin características fabulatorias» contenido en el informe técnico de f. 14 practicado por el Cuerpo Médico Forense.

Todo lo cual debe, asimismo, leerse a la luz de la impresión personal que los magistrados tuvieron de A. al momento de declarar en la audiencia de debate (supra). Por el contrario, las cosas tampoco lucen bien para W. con base en los elementos indiciarios que aporta el informe de fs. 80, donde se afirma que «tiende a comportarse de manera impulsiva y puede frente a situaciones de conflicto interpersonal reaccionar con desajustes en su conducta de tipo opositor y autoritario» para concluir que «tiende a ser expansivo en los espacios de otros» (valorado a fs. 226). En resumen, no le asiste razón a la defensa cuando se agravia en relación con el lugar que el tribunal les otorga a los informes psicológicos referidos, en cuanto, el mismo es accesorio al sentido de la declaración de la víctima y de los testigos de cargo, verdaderos elementos centrales del razonamiento del a quo. d.-

Con base en lo dicho hasta aquí, es sencillo convencerse de la existencia del hecho plasmado en la pieza acusatoria, tal como lo ha hecho el a quo y, después de revisar la prueba de cargo, proceder a la confirmación de la sentencia en tanto acto jurisdiccional válido. Con todo, resta despejar cualquier duda

razonable que pueda introducir la versión defensiva en relación con la hipótesis del caso elevada a juicio por el Ministerio Público Fiscal.

En relación con ello, el acusado –si bien se sitúa en el momento y lugar de los hechos, tramo de su declaración que el juez valora en su contra como indicio de presencia– niega completamente su responsabilidad, tanto en relación con las frases de contenido sexual, como respecto de los tocamientos que fundamentan la imputación.

Explica que A. se habría «confabulado con G. para sacarle plata» (fs. 227). Continúa y afirma que era conocido que habría cobrado una suma de dinero producto de un juicio, circunstancia que habría motivado la mentada extorsión.

El tribunal de juicio rechaza esta versión de los hechos que, como bien se advierte en la sentencia, está huérfana de toda prueba. La declaración de W es contradictoria con el resto del plexo probatorio, pues, por un lado, el juez advierte que A., en contra de lo dicho por el imputado, no se encontraba en la cocina y, por otro lado, tampoco es cierto que fuera conocido que había cobrado una suma de dinero producto de un litigio con el Hospital En relación con esto último, el juez advierte que «solamente el doctor C. ha manifestado saber de ello, sin mucha precisión, mientras que el resto de los testigos ha negado conocer tal circunstancia. Es decir, no ‘todo el mundo’ sabía que había ganado ese juicio, sino, solamente algunos. Y de ningún modo se ha acreditado que entre esos ‘algunos’ haya estado A.» (fs. 227 vta.). En pocas palabras, la versión brindada por el imputado no consigue erigirse como una explicación alternativa de los hechos que obligue a la absolución con base en el principio in dubio pro reo, tal como solicita el recurrente.

e.- Desde esta óptica de análisis, es posible apreciar que la sentencia puesta en crisis ha valorado de forma articulada i) la coincidencia relativa a los aspectos centrales del hecho entre la declaración de la víctima en sede de instrucción y en sede de debate; ii) la articulación de su versión con las declaraciones testimoniales de V. G., R. S. y L. D.; iii) el resultado arrojado por los informes psíquicos de fs. 14 y 80 y su valoración de parte del a quo; vi) y, por último, la ausencia de una explicación alternativa a los hechos –basada en elementos objetivos externos– que desvirtúe la acusación.

En consecuencia, en línea con lo dictaminado por el señor Procurador General, a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate y la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis. ASÍ VOTO.

Voto adherente. Palermo

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de J. A. W. M
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de octubre de 2019.-

41- CORONEL CARRIZO. 25-10-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcCCR.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo, 42, 55, 89 y 92 en función del art. 80 inc. 1° y 11° del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Tentativa. Lesiones leves dolosas agravadas. Violencia de género. Concurso real. Testigo único. Desobediencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como autor penalmente responsable del delito abuso sexual con acceso carnal en grado tentativa en concurso real con lesiones leves calificadas y desobediencia.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

En cuanto a vicios in procedendo, la defensa sostiene que la responsabilidad por el delito de abuso sexual se basa en una interpretación parcial de la prueba, asimismo respecto del delito lesiones leves calificadas entiende que no se ha acreditado la materialidad del hecho.

Respecto a los vicios in iudicando refiere la defensa que había operado un desistimiento del autor lo que impediría la tentativa punible. En cuanto a la determinación de la penal expresa que el juez habría omitido considerar las condiciones personales del autor.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 391, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

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

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-04735727-0/1((018601-41181))FC/ C. C. R. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (41181) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104812808*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04735727-0/1, caratulada "F. C/ C. C., R. A. S/ CASACIÓN".

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

La Defensa técnica de R. A. C. C. interpone recurso de casación (fs. 330/334) contra la Sentencia N° 391 (fs. 308/309) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor culpable y responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en concurso real con lesiones leves calificadas y desobediencia (art. 119, tercer párrafo, 42; 55; 89 y 92 en función del art. 80, inciso primero y once, y art. 239, todos del C.P.).

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «en fecha 19 de mayo de 2018, siendo las 6.00 hs., se encontraba la Sra. E. R. G. R. en el domicilio ubicado en el y discute con su ex pareja, R. A. C. C., quien luego de agredirla verbalmente, la toma de los brazos con fuerza, la tira sobre la cama y comienza a sacarle la ropa con la finalidad de accederla sexualmente, lo que no habría logrado consumir.

Pasados unos minutos de este hecho, el Sr. C. comienza a ahorcar con una mano a la Sra. G., que para defenderse pone su mano izquierda en la cara del agresor para sacarlo de encima de ella, momento en el que C. le muerde dicha mano, ocasionándole tumefacción y equimosis de 3 cm en eminencia tenar mano izquierda.

Continúan con forcejeos de un lado a otro, y la víctima logra sacárselo nuevamente de encima. Sumado a esto, C. desobedece la orden de prohibición en los autos Nro. 9251, caratulados "G. R. E. R. c/ R. A. C. C. p/ Ley 6672" la cual se encuentra vigente y notificada al día de los hechos».

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios de E. R. G., E. M. C. C. y J. L. C.; la declaración del imputado; los informes del EPI y del EDEAS; los exámenes físico y psíquico realizados a la víctima; el examen psíquico realizado al imputado y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso».

II.- Recurso de casación

La defensa técnica entiende que la sentencia recurrida se encuentra fundamentada de manera aparente y advierte tanto vicios en la valoración de la prueba, como en la aplicación del derecho. a.- Vicios in procedendo a.1.- En primer término, considera que la conclusión alcanzada por el a quo en orden a la responsabilidad penal de C. C. por el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal en grado de

tentativa se basa en una interpretación parcial de la prueba, tanto de la declaración de la denunciante, como del resto de los testigos presenciales del hecho.

a.2.- En segundo término, entiende que no se ha acreditado suficientemente la materialidad del hecho que fuera encuadrado en la figura de las lesiones leves calificadas en función de las circunstancias previstas en el art. 80 inc. 1 y 11 C.P., pues las lesiones constatadas se las habría autoprovocado la denunciante, tal cual manifestó en el debate.

b.- Vicios in iudicando

b.1.- Por un lado, en relación con la imputación que hace referencia a la agresión sexual contra la víctima, la defensa considera que habría operado un desistimiento eficaz del autor, el cual impediría apreciar una tentativa punible. Ello en tanto, el desistimiento habría sido voluntario.

b.2.- Por otro lado, en lo que respecta a la actividad judicial de determinación de la pena, el recurrente advierte que el juez sentenciante habría omitido considerar las condiciones personales de C. C., que carecía de condenas anteriores y que el único delito acreditado con el grado requerido para el dictado de una sentencia condenatoria sería el de desobediencia. Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 356/357). En lo que respecta a la valoración de la prueba, advierte que el recurrente no ha conseguido demostrar la presencia de vicios o defectos en el razonamiento del tribunal y que la sentencia se encuentra debidamente fundada. Ello en tanto, la versión de los hechos brindada por la denunciante fue minuciosamente analizada, y de las declaraciones prestadas durante el debate se extrajeron precisiones que dieron verosimilitud acerca de que el hecho denunciado ocurrió en relación con los tres delitos imputados.

Por su parte, en lo que respecta a los agravios relativos a la calificación del abuso sexual agravado por acceso carnal en grado de tentativa, explica que las dudas en relación con el desistimiento voluntario del imputado fueron despejadas con base en la declaración de la víctima.

Y, finalmente, respecto al agravio en la determinación de la pena, pone de relieve que esta se encuentra debidamente fundada, en tanto fueron analizadas correctamente las condiciones objetivas de las acciones desplegadas, así como las condiciones subjetivas o personales.

En virtud de lo expuesto, el Procurador General concluye que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada esté contradictoriamente motivada, o que su motivación sea ilógica, falsa o arbitraria, por lo que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado. Veamos.

a.- Vicios in procedendo

a.1.- La defensa sostiene que no se ha alcanzado el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria para afirmar que C. C. cometió el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal en grado de tentativa.

El recurrente parte de que el razonamiento del juez sentenciante se encuentra viciado, en tanto la prueba obrante en la causa no permitiría sostener la condena por el referido delito contra la integridad sexual.

Sin embargo, verificadas –con base en la compulsión de las constancias de la causa– las premisas que subyacen a la conclusión de culpabilidad del a quo, advierto que el agravio de la defensa no puede prosperar.

En efecto, en la sentencia no sólo se advierte un minucioso análisis de la hipótesis acusatoria, la cual se entiende debidamente probada, sino también un estudio pormenorizado de la hipótesis defensiva, la cual es refutada con numerosos argumentos. En lo que respecta a los hechos que dieron lugar a la imputación por abuso sexual, cabe decir que el magistrado interviniente advirtió que esta se basa únicamente en el testimonio de la víctima.

A partir de la comprobación de que se trata de un caso de testigo único, realizó una interpretación restrictiva de su declaración, al mismo tiempo que puso en relación a esta última con el resto del plexo probatorio que da cuenta de las circunstancias temporales y espaciales en las que se produjo la agresión. En relación con lo primero, esto es, el testimonio de E. G., el a quo caracterizó sus manifestaciones como «razonablemente aceptables, concordantes y coincidentes con lo denunciado desde un primer momento, no existiendo en ese sentido pauta trascendente alguna que permita arrojar dudas suficientemente fundadas sobre su idoneidad, imparcialidad y sinceridad, que autoricen consecuentemente a descalificarlo como prueba de cargo» (fs. 320).

La afirmación anterior se basa, por un lado, en que no se advirtió durante el proceso afán alguno de perjudicar al acusado. Ello en tanto, el juez sentenciante observó que fue muy difícil para la mujer llegar hasta la instancia de la denuncia penal de los hechos de los que fuera víctima, así como que la familia del imputado intentó influir sobre ella.

Por otro lado, la verosimilitud de sus dichos se sustenta también en el historial de violencia de la que fuera víctima, el cual surge tanto de las declaraciones testimoniales brindadas en sede de debate, como de las constancias del expediente 59.381/2 del Primer Juzgado de Instrucción de la Cuarta Circunscripción Judicial y la medida de protección de exclusión del hogar y prohibición de acercamiento dictada contra el imputado por el Tercer Juzgado de Familia de la Tercera Circunscripción Judicial (notificación que consta a fs. 36 del expte. N° 9.251).

En segundo lugar, en la sentencia no se omite realizar un análisis integral del plexo probatorio, actividad que refuerza el testimonio de E. G., en el sentido de que este se articula armónicamente con el resultado de los exámenes psicológicos realizados a autor y víctima, así como con los informes del EPI y del EDEAS; elementos que constatan la existencia de patrones de violencia psicológica y física severa del acusado hacia la víctima.

Dicho esto, resta analizar –en tanto segundo tramo de la argumentación de la defensa– el sentido de las declaraciones de E. M. C. C. y J. L. C., testigos que serían centrales para desincriminar a C. C. por el delito que se le atribuye en contra de la integridad sexual de G. R..

Pero antes de ello, es necesario recordar la versión de los hechos brindada por el imputado al momento de prestar declaración en sede de debate, pues es ella la que buscan corroborar los testimonios mencionados. C. C. ofreció una visión del suceso que minimizó la situación ocurrida y el resultado de la prueba producida en relación con los delitos imputados.

Es que, en efecto, el imputado negó que existiese agresión alguna y pretendió sostener que E. G. había consumido drogas, al mismo tiempo que afirmó que no recordaba que hubiere sido notificado de la orden de prohibición de acercamiento y no brindó explicación alguna de por qué la puerta del domicilio debió ser forzada por su hermano para entrar.

Los testimonios ofrecidos por la defensa buscan sostener tal visión de los hechos.

Pero a la ya débil explicación brindada por C. C., se suma que los testimonios de su hermano y su madre se muestran sesgados en su beneficio, tal cual como pone de relieve el a quo a fs. 317.

En este tramo de la sentencia se explica que estos testigos pretendieron sembrar la idea de que la finalidad de E. G., desde el principio, era quedarse con la casa donde convivía con el imputado.

Sin embargo, dicha visión de los hechos carece de todo sustento probatorio, por lo que entiendo que ha sido correctamente descartada por el juez sentenciante.

a.2.- Corresponde ahora analizar el segundo agravio defensivo en el orden de la valoración de la prueba vinculado con la imputación por el delito de lesiones.

El planteo de la defensa es puntual: la lesión acreditada por los informes físicos se la habría infligido la propia víctima y, en consecuencia, no sería un comportamiento imputable a C. C..

De manera estrictamente análoga al argumento central que permite descartar el agravio anterior en tanto ataque idóneo a la validez de la sentencia, entiendo que dicha visión de los hechos – ahora en relación con el delito de lesiones– se encuentra huérfana de toda evidencia.

En efecto, el juez sentenciante no sólo refutó la existencia de una autolesión con base en la verosimilitud del testimonio de la víctima, sino que, a su vez, valoró el historial de violencia psíquica y física que padecía E. G. como indicio que acreditó su versión.

En efecto, de la sentencia puesta en tela de juicio surge que el imputado durante la ejecución del abuso sexual agravado por acceso carnal mordió a la víctima en el momento en que ésta se quiso resistir a la agresión.

Las lesiones sufridas se encuentran acreditadas por el examen físico realizado a E. G. el día 20 de mayo de 2018, medida que arroja un resultado completamente compatible con la lesión referida por la mujer en su mano en momentos en que intentaba repeler la agresión.

En consecuencia, verificadas las lesiones físicas sufridas por la víctima y valoradas a la luz de su testimonio, el cual fuera considerado como sólido a la luz de las constancias de la causa – especialmente el historial de violencia que diera lugar a diversas intervenciones de los órganos judiciales–, entiendo que la versión del acusado de ningún modo puede poner en cuestión la verosimilitud del relato de E. G..

Por ende, el magistrado sentenciante está en lo correcto cuando descarta la visión de los hechos propuesta por la defensa. Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que debe rechazarse el recurso defensivo en lo que respecta a los alegados vicios in procedendo.

b.- Vicios in iudicando

b.1.- La defensa rechaza que exista delito en tanto, de la correcta valoración de la prueba obrante en la causa, se desprendería que, si bien existió comienzo de ejecución del delito de abuso sexual con acceso carnal, antes de su consumación C. C. habría desistido.

Un comportamiento voluntario que, asimismo, impediría apreciar incluso una tentativa punible.

El planteo de la defensa, por ende, se basa en la existencia de un comportamiento voluntario del imputado tendiente a interrumpir la acción ejecutiva del acceso carnal, sin embargo, esta visión de los hechos no encuentra sustento en las constancias obrantes en la causa.

Es que el testimonio de la denunciante, así como el resto del plexo probatorio, en ningún momento dan cuenta de que C. C. –dicho coloquialmente– haya vuelto sobre sus pasos en relación con la agresión sexual que emprendió en contra de E. G..

Es más, en verdad, de lo que se trató es de una consumación frustrada por circunstancias ajenas a su voluntad. Un cuadro que, como es fácil de advertir, cancela la posibilidad de un desistimiento eficaz que haga decaer la necesidad de refutar su hecho mediante pena. E

ste extremo del hecho, en contra de la propuesta de la defensa, es valorado por el a quo de acuerdo con las reglas de la lógica y la sana crítica racional cuando advierte que «en relación con la violencia sexual utilizada en el presente caso para ejecutar el hecho del día 19 de mayo de 2018 objeto de debate, debe evocarse que la denunciante fue clara respecto de que ella no deseaba tener relaciones sexuales con el Sr. C., negativa que le manifestó con claridad, quien no prestó atención a dicha negativa y continuó con su acción ejerciendo fuerza física para consumir el hecho, lo que no llegó a consumir» (fs. 312).

Si bien es cierto que E. G. en una segunda instancia, durante el debate, matizó alguno de los tramos del hecho narrado en oportunidad de interponer la denuncia –principalmente en relación con las razones que le impidieron consumir el hecho a C. C.–, no es menos cierto que esta discordancia es correctamente analizada por el a quo.

En efecto, en la sentencia se observa que «la falta de consumación del hecho se presenta más como consecuencia de la resistencia de la mujer que de un acto voluntario del hombre» (fs. 313).

En esta línea, la mujer denunció que la quiso penetrar, pero que no lo consiguió porque llegó la familia; y en sede de debate señaló que no alcanzó a penetrarla, que «quiso meterla y no pudo» (fs. 313).

En relación con este punto, entiendo que el razonamiento del a quo se aproxima al caso correctamente al colocar en un lugar central al testimonio de la víctima a la luz de la perspectiva de género, en tanto paradigma que, conforme la normativa nacional e internacional pertinente, debe atravesar el análisis de casos de esta índole.

De hecho, el juez sentenciante, como puse de relieve en el párrafo anterior, ha brindado razones motivadas de por qué debía creérsele a la víctima a pesar de las variaciones advertidas entre su narración al momento de interponer la denuncia y su exposición en el juicio.

Así, al analizar las variaciones del relato de E. G., el tribunal de juicio consideró que estas eran un clásico efecto del ciclo de violencia de género en el que ella se encontraba inmersa.

Conclusión sustentada en los diversos informes y exámenes practicados a cada una de las partes, así como los antecedentes de violencia intrafamiliar documentados y declaraciones testimoniales.

b.2.- Por último, la defensa se agravia en relación con la actividad del magistrado sentenciante en el orden de la determinación de la pena y cuestiona que esta se haya llevado a cabo en estricta observancia de los parámetros establecidos por el ordenamiento sustantivo.

Sin embargo, en este plano la defensa tampoco consigue alcanzar el resultado que se propone, esto es, hacer decaer la sentencia en tanto acto jurisdiccional válido.

En efecto, el juez de sentencia al momento de fundamentar la pena aplicada consideró la totalidad y gravedad de los ilícitos por los que se condenó al imputado, así como sus condiciones personales.

De hecho, se advierte que en la sentencia, a fs. 325 vta./327 vta., se llevó a cabo un minucioso trabajo analítico de las condiciones objetivas de la acción desplegada y de las condiciones subjetivas o personales del acusado.

En relación con las primeras, después de realizar citas a la norma legal del art. 41, inc. 1 del C.P., normativa internacional y doctrina pertinente, concretó tales consideraciones en la situación de C. C..

De este modo, advirtió que los hechos ilícitos cometidos por el imputado se enmarcaban en una relación en la que éste violentó a su ex pareja mujer, e incumplió una orden de prohibición de acercamiento emanada de la Justicia de Familia. En esta línea, valoró que «el abuso sexual tuvo lugar aprovechando la intimidad y seguridad para la ejecución del hecho que provee el domicilio, por la imposibilidad de que terceros intervengan en el hecho para evitarlo, facilitando su ejecución, habiendo actuado C. así más sobre seguro» (fs. 327).

Sin embargo, no omitió tomar en consideración que la violencia física específicamente utilizada en la ejecución del hecho de abuso sexual no adquirió un carácter particularmente extremo o grave, lo que atenúa el carácter agravante de las circunstancias antes referidas.

Por su parte, en lo que respecta a las condiciones subjetivas o personales establecidas en el inc. 2 del art. 41 C.P., advirtió que «ni la situación económica del aquí juzgado ni su edad cumplen un papel importante en relación con el hecho, debiendo recordarse que al momento de la comisión de estos hechos ilícitos el imputado tenía prácticamente treinta años de edad, por lo que se hallaba lejos del ciclo etario como la extrema juventud o la vejez que pueden, por diversos motivos, afectar la comprensión de la gravedad del hecho o la posibilidad de dirigir sus acciones» (fs. 327 vta.).

Finalmente, el a quo refirió que el nivel educativo y sociocultural del acusado evidenciaba limitaciones, que junto con su ocupación como obrero rural con magros ingresos y circunstancias de convivencia cercanas al hacinamiento debían ocupar un lugar como atenuante de la pena. Del mismo modo, la ausencia de antecedentes computables en carácter de reincidencia.

En consecuencia, no puede prosperar la crítica defensiva en orden a que las calidades personales del acusado no fueron tenidas en cuenta por el juez sentenciante al momento de individualizar la pena a imponer.

De este modo, considero que el agravio de la defensa en el plano de la determinación de la pena debe ser descartado por encontrarse la misma debidamente fundamentada tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos. En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica R. A. C. C. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 330/334 por la defensa técnica de R. A. C. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de octubre de 2019.-

42- FERRADA. 07-11-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Art 4 y 5 inc. 3 de la ley 26485.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **ocho años** de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La defensa expresa que el tribunal omitió valorar declaraciones testimoniales del abuelo y la tía de la víctima, como así también contradicciones secundarias en las que habría incurrido la víctima. Asimismo, cuestiona la pericia realizada a la víctima y el examen psicológico realizado al imputado. Concluye que el a quo eligió la prueba que apoyaba la decisión condenatoria.

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 393, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- «González, Mauricio»
- «Morales Quiroga»

b-CSJN:

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11 <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf#>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

b- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

Doctrina citada:

DI CORLETO, Julieta, «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, Florencia Plazas y Luciano Hazan, Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 6

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

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-04728552-0/1((018601-1211)) FC/ F. P. P. I. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (1211) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104805326*

En Mendoza, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04728552-0/1, caratulada “F. C/ F. P., P. I. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, ABUSO SEXUAL SIMPLE (DOS HECHOS) Y TENENCIA ILEGITIMA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/ CASACIÓN”.

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

La defensa del imputado P. I. F. P. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 393 (fs. 391) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de ocho años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P-1.211/17 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «en fecha 31 de agosto de 2016, aproximadamente a las 8:00 hs., en el interior del domicilio sito en ..., P. I. F. P se dirigió hasta donde se encontraba su sobrina M. A. F., y le pidió que ingresara a uno de los dormitorios del inmueble. Acto seguido el imputado cerró la puerta del dormitorio con llave y comenzó a mantener una charla con la víctima. Le tocó sus genitales y luego de bajarle el pantalón la penetró vaginalmente». Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima M. F., L. F., N. F. P. y A. F. P., el informe psicológico practicado a .M.F., y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo. En el aspecto formal, sustenta su queja en la inobservancia del art. 416 inc. 4° del CPP por adolecer la sentencia cuestionada de fundamentación suficiente y transgresión de las reglas de la sana crítica racional.

Alega en tal sentido que el sentenciante no consideró debidamente la totalidad de la prueba producida durante el debate. Al respecto, expresa que el a quo omitió valorar las testimoniales brindadas por N.F. y A.F. –tía y abuelo de la víctima, respectivamente–, mediante el simple artificio de tildarlas de cercanas al falso testimonio. Señala que a partir de la correcta valoración de estas testimoniales se puede inferir el fin ganancial de la presunta víctima en formular una denuncia falsa en contra del imputado. Por tal motivo, entiende que tales elementos probatorios tienen incidencia en la valoración de la credibilidad del testimonio brindado por M.F..

En este orden de ideas, reseña las contradicciones secundarias en las que habría incurrido la presunta víctima y las acusaciones falsas formuladas contra P. F. P, las que demuestran la intención de M.F. de perjudicar al imputado. Sostiene que estos aspectos fueron excluidos de la valoración probatoria realizada por el sentenciante, quien sostuvo en los fundamentos que la víctima no manifestó odio o encono contra el imputado. Por otro lado, cuestiona el valor probatorio de la pericia realizada a la presunta víctima obrante a fs. 31, en tanto se trató de una entrevista de aproximadamente 20 minutos, no se le practicaron test de credibilidad y contiene un breve relato del hecho que no coincide con el vertido en la denuncia. En relación al examen psicológico realizado al imputado, destaca que se utilizaron los tests de Bender Rorschach y se le realizaron cuatro entrevistas, en donde la profesional concluyó que carece del tipo de personalidad concordante con el hecho investigado. Concluye que el a quo optó por el material probatorio que apoyaba la decisión condenatoria y descartó la que se le oponía, sin más mérito que la elección de dicha prueba. En cuanto a las consideraciones formuladas por el juzgador en relación a la perspectiva de género en los delitos contra la integridad sexual, considera que si bien comparte la caracterización del hecho y la perspectiva que debe tener el caso, entiende que de ello no puede derivarse que tener perspectiva de género significa aunarse con el relato de la mujer. Señala que exigencias constitucionales y convencionales del mismo rango que Belém do Pará, imponen la obligación de analizar el testimonio con criterios metodológicos que no violen la regla de la sana crítica racional.

En este entendimiento, asevera que el tribunal a quo entendió acreditado el hecho a partir del testimonio de la víctima, el que consideró creíble por el sólo hecho de ser una mujer víctima de un delito contra la integridad sexual. De este modo, sostiene que el testimonio brindado por la presunta víctima en oportunidad de formular denuncia, en donde refirió el modo violento en el que habría actuado el imputado, es incompatible con el actuar seductor del imputado descripto por M.F. en audiencia de debate.

Por ello sostiene que el testimonio brindado por M.F. no es intrínsecamente creíble, toda vez que da cuenta de dos maneras distintas de cometer el hecho, circunstancia nuclear en los fundamentos que dan sustento al fallo cuestionado. En este punto se agravia por entender que se ha vulnerado su derecho de defensa, al considerar el a quo estos argumentos como producto de una mera actividad defensiva.

Con base a lo expuesto, solicita se case la sentencia y se disponga la absolución del imputado de conformidad a las previsiones del art. 2 del CPP. Solicita informar oralmente el recurso interpuesto de conformidad a lo dispuesto por el art. 480 del CPP. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia. Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado y cotejado en su totalidad por el juzgador.

Destaca que en la fundamentación del fallo el juzgador explicó los motivos por los cuales entendió que los dichos de la víctima no podían ser considerados falsos y para ello tuvo en cuenta la existencia de corroboración periférica por parte de otras pruebas debidamente incorporadas al debate, las que fueron ponderadas adecuadamente por el tribunal de sentencia. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De manera previa resulta pertinente destacar que el censurante dirige sus agravios en relación a los fundamentos brindados por el tribunal sentenciante en la causa N° P-1.211/17 donde el imputado P. F. P resultó condenado como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP), quedando firmes los pronunciamientos dictados en las causas N° P-88.967/15 y P-1.311/17, en donde P. F. P fue condenado por los delitos de abuso sexual simple (art.119 primer párrafo del CP) y tenencia ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis inc. 2°, primer párrafo del CP), respectivamente.

Por otro lado, cabe aclarar que si bien la defensa ha aludido a que su presentación se encuentra fundada en las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal. Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos en tanto, y tal como adelantara, no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido. Ante todo debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima M.F..

Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que el tribunal de sentencia consideró que el hecho que se le atribuía al imputado y por el que fue condenado era un supuesto de violencia de género en los términos de los arts. 4 y 5 inc. 3 de la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En este entendimiento, valoró la prueba debidamente incorporada al debate siguiendo los estándares internacionales y nacionales aplicables en casos de violencia contra la mujer por razones de género.

De este modo, el a quo le otorgó un valor preponderante al testimonio prestado por la víctima, ello no sólo como consecuencia de valorar la versión de los hechos brindada por M. bajo los parámetros de la necesaria perspectiva de género que la temática demanda y las circunstancias en que generalmente se desarrollan hechos de esta naturaleza, lo cual implica una amplitud en la interpretación probatoria, sino, además, porque sustentó la credibilidad del testimonio de la víctima en otros elementos de juicio. Al respecto, y tal como sostuve en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros), la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. **in re «Leiva, María Cecilia»**, entre otros)

Conforme a los conceptos precedentemente expuestos, y como adelantara, estimo que el agravio referido a las contradicciones en que habría incurrido M.F. en relación a los distintos modos de actuar del imputado, lo que –según entiende el recurrente– tiene incidencia en la credibilidad de su relato, no puede prosperar.

Ello es así, por cuanto el sentenciante, amén de las consideraciones expuestas precedentemente sobre cómo se debe interpretar la prueba en hechos cometidos en contextos de violencia por razones de género, dio suficientes razones para considerar creíble el testimonio brindado por la víctima, y meritó en forma adecuada las contradicciones señaladas por la defensa.

De este modo, destacó que el relato brindado por M.F. resultó coherente, en lo esencial, a lo largo de todo el proceso tanto en las circunstancias anteriores, concomitantes como posteriores al hecho. Consideró, además, que la credibilidad de lo relatado por la víctima también se sustentaba en la corroboración periférica de sus dichos a partir de otros elementos de juicio debidamente incorporados al debate. En este sentido, valoró el testimonio del hermano de la víctima, E.F., quien aseguró que llegaron el día del hecho con el imputado a la casa alcoholizados, e inmediatamente se fue a dormir.

Asimismo, corroboraron la circunstancia de que M.F. vivía en la casa de sus abuelos, los testimonios brindados por el abuelo, A.F.; la tía, N.F.; el hermano, E.F.; y J. M., amigo del imputado, quien aseguró que mientras estaba el día del hecho en la vereda de la casa de R., la que es colindante a la casa de P., tomando cerveza después de una noche de festejo por el triunfo de su equipo de fútbol, vio salir a M. de la casa de P. cerca del mediodía, circunstancia que integra el relato de la víctima (fundamentos de fs.401). Ponderó también el juez de sentencia –acertadamente a mi criterio– que «no es extraño, inverosímil o ilógico que el recuerdo de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistentes en el relato, porque debe entenderse que lo narrado supone revivir momentos que muchas veces se quieren olvidar y que por el sentido negativo que tiene un suceso de esta naturaleza es factible que al revivirlo puedan tener algunas imprecisiones» (fundamentos de fs. 403). En este sentido, resulta de utilidad el razonamiento que formula Di Corleto en razón de antecedentes de la Comisión IDH, al considerar que «las reglas probatorias más sensibles reconocen que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, en la medida en que éstas no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer» (Di Corleto, Julieta, «La Valoración de la prueba en casos de violencia de género» en Garantías Constitucionales en el proceso penal, Florencia Plazas y Luciano Hazan, Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p. 6).

En este punto, debe arribarse a la misma solución en relación a las llamadas contradicciones secundarias en las que habría incurrido M. F., en tanto habría dado distintas razones por las que estaría distanciada de su madre y hermano, en tanto no especificó el censurante en qué consistieron esas contradicciones y de qué modo influyó en el plexo probatorio ponderado por el a quo.

Del mismo modo, la defensa pretende acreditar la supuesta intención de M. F. de perjudicar a F. P., en que aquella refirió la actividad ilícita a la que se dedicaba el imputado (venta de droga) y, por otra parte, la supuesta intención por parte de M. y su familia de quedarse con la casa del imputado, circunstancias que avalarían –según entiende el censurante– la intención de perjudicar al imputado.

Al respecto, entendió el a quo –acertadamente a mi criterio– que el supuesto robo de las escrituras de la casa es una afirmación sin apoyo objetivo en una prueba que la respalde. Sostuvo que si bien es cierto que M. y su madre no tienen una vivienda, tal circunstancia no alcanza para acreditar la supuesta intención de perjudicar al imputado.

Agregó también, que aun considerando válida la hipótesis de la defensa, la denuncia formulada por M. F. debería haber estado dirigida a quien es dueño de la vivienda, es decir, a A. F. y no a su hijo, el imputado F., quien se encuentra en las mismas condiciones que N. y L. (madre de la víctima) en lo que hace a los derechos hereditarios del inmueble (fundamentos de fs. 400 y vta.).

De igual modo, entiendo relevante destacar los puntos no controvertidos por el censurante, y en los que el juzgador también fundó la credibilidad del relato brindado por la víctima.

En tal sentido, el sentenciante luego de reseñar lo declarado por los testigos F.M. y E.M., quienes estuvieron con el imputado tomando cerveza momentos previos de acontecido el hecho, concluyó que «la falta de razonabilidad de lo que explican sumado a la ausencia de correlación de lo que exponen, tornan a las mismas no creíbles» (fundamentos de fs. 402).

Asimismo, el juzgador ponderó como un indicio que contribuía a la verosimilitud de la versión de los hechos expuesta por M., el hecho de que ésta contó en forma inmediata la agresión sexual de la cual había sido víctima por parte de su tío, circunstancia que fue reconocida por L.F. y E.F., madre y tía de la víctima respectivamente (fundamentos de fs. 402).

Tampoco puede prosperar el agravio esgrimido por la defensa en relación al examen psicológico realizado a M. por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI), en tanto pretende restarle valor probatorio alegando que no se realizó ningún estudio propio de la psicología, y en el breve relato de los hechos que habría realizado la víctima, el que –según entiende el censurante– no coincidiría con los hechos descriptos en la denuncia.

Al respecto, el a quo sostuvo que «la credibilidad del relato de la víctima se refuerza con los informes de fs. 31 y vta., que otorgan credibilidad a las palabras de M., al concluir por razones propias de la psicología, que debe tenérselo por verdadero» (fundamentos de fs. 403 vta.). Cabe precisar que no obstante tratarse de un informe técnico y, como tal, no rige a su respecto las prescripciones del art. 255 del CPP, los fundamentos del a quo encuentran sustento en lo manifestado por el Licenciado Fabricio Lissandrello del CAI, quien explicó que utilizó como método una entrevista, con técnica CVSA, que tiene preguntas específicas. Preciso que no lo hizo sobre la base del puntaje, sino por los indicadores de credibilidad. Por otro lado, el profesional interviniente en la entrevista explicó las razones por las cuales las contradicciones en las que había incurrido la víctima, entre lo narrado en la denuncia y en audiencia de debate, no tenía incidencia en la credibilidad de su relato (ver fs. 398), extremos que – según entiendo– no han sido debidamente controvertidos por la defensa. Por último, concuerdo con lo meritado por el Procurador General, en cuanto no puede prosperar el agravio referido a la supuesta discordancia entre la versión de los hechos brindada por la víctima al formular denuncia y lo supuestamente manifestado en oportunidad de ser entrevistada por los profesionales del CAI. Ello por cuanto, tal como se advierte de la compulsa de los informes agregados a fs. 31 y 45, los profesionales sólo dejaron constancia de la situación familiar, el estado emocional de M.F. y la mención a que había sido víctima de un hecho de victimización sexual por parte de su tío, sin especificar las circunstancias del hecho. No obstante ello, es dable destacar que el caudal probatorio cargoso valorado para concluir que el testimonio de M.F. era creíble no sólo se nutre de los referidos informes elaborados por el CAI, sino de otros elementos de juicio que la defensa no ha logrado controvertir efectivamente, tal como lo analicé precedentemente. En otro orden de ideas, estimo que no puede tener acogida favorable el pretendido valor probatorio que el recurrente pretende atribuirle al examen psicológico realizado a F. P., en tanto se concluyó que el imputado carece del tipo de personalidad concordante con el hecho investigado. Al respecto, me interesa destacar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el precedente «González, Mauricio». Señalé en tal oportunidad, que entre los principales mitos de los prototipos de varones abusadores, se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos cometen este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño

que si fuera cometido por extraños. Expresamente referí en la causa citada precedentemente que «... a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos». En definitiva, y a partir de los conceptos vertidos precedentemente, estimo que la omisión de ponderar este elemento de juicio por parte del sentenciante no tiene incidencia en la parte resolutive –ni tampoco la defensa lo explica–, en tanto no resulta relevante en orden a acreditar los extremos de la imputación. Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada. En definitiva, de lo expuesto surge que el Tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilitara la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de F. P. en el hecho objeto del proceso. Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes “Morales Quiroga”, “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa” y “Ojeda Pérez”. En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)». En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las

mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)». Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas. De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belém Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta

los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y el examen psiquiátrico realizado a ella. Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 417/422 por la defensa técnica de P. I. F. P. y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 393 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Compendio 2019.

Recopilación de fallos y precedentes de la SCJM.

Capítulo 4. Delitos contra la integridad sexual. Abusos.

Coordinadora: Dra. Marina Martín.

Índice

Código Penal. TITULO I. DELITOS CONTRA	6
1- 92	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191025_FcCCR.pdf	6
Lex: Art.	6
Vox: Abuso sexual.	6
Summa:	6
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	6
Fallo.	7
I.- Sentencia recurrida	7
II.- Recurso de casación	8
III.- Dictamen del señor Procurador General	8
IV.- La solución del caso	8
SENTENCIA:	12
2- 1219	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf	14
Lex: Art.	14
Vox: Abuso sexual.	14
Summa:	14
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	14
Fallo.	15
I.- Sentencia recurrida	15
II.- Recurso de casación	15
III.- Dictamen del Procurador General	16
IV.- La solución del caso	17
SENTENCIA:	22
3- 566	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf	23
Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.	23
Vox: Abuso sexual. Acceso carnal.	23
Summa:	23
SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.	24
Fallo.	25

I.- Sentencia recurrida	25
II.- Recurso de casación	25
III.- Dictamen del Procurador General	26
IV.- La solución del caso	27
SENTENCIA:	33
4- 584	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191111_FcSCM.pdf	34
Lex: Art.	34
Vox: Abuso sexual.	34
Summa:	34
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	34
Fallo.	35
1.- Resolución recurrida	35
2.- Recurso de casación	35
3.- Dictamen del señor Procurador General	36
4.- La solución del caso	36
SENTENCIA:	41
5- 607	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191111_FyQcMMJ.pdf	42
Lex: Art.	42
Vox: Abuso sexual.	42
Summa:	42
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	42
Fallo.	43
1.- Resolución recurrida	43
2.- Recurso de casación	43
3.- Dictamen del señor Procurador General	44
4.- La solución del caso	44
SENTENCIA:	47
6- 613	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcVSG.pdf	48
Lex: Art.	48
Vox: Abuso sexual.	48
Summa:	48

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	48
Fallo.	49
1.- Sentencia recurrida	49
2.- Recurso de casación	50
3.- Dictamen del señor Procurador General	51
4.- La solución del caso	51
SENTENCIA:	53
7- 1818	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcPIP.pdf	54
Lex: Art.	54
Vox: Abuso sexual.	54
Summa:	54
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	54
Fallo.	55
I.- La resolución recurrida	55
II.- El recurso de casación de la querella	56
III.- El dictamen del señor Procurador General	57
IV.- La solución del caso	58
SENTENCIA:	67
8- 1834	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FyQcDLH.pdf	67
Lex: Art.	67
Vox: Abuso sexual.	67
Summa:	67
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	67
Fallo.	68
1.- La resolución recurrida	68
2.- El recurso de casación de la defensa del acusado	69
3.- El recurso de casación promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal	70
4.- El dictamen del Procurador General	72
5.- La solución del caso	72
SENTENCIA:	78
9- 1857	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcDBD.pdf	79

Lex: Art.	79
Vox: Abuso sexual.	79
Summa:	79
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	79
Fallo.	80
I.- La resolución recurrida	80
II.- El recurso de casación de la defensa	81
IV.- El dictamen del señor Procurador General	81
V.- La solución del caso	82
SENTENCIA:	83
10- 1875	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191205_FyQcGDA.pdf	84
Lex: Art.	84
Vox: Abuso sexual.	84
Summa:	84
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	84
Fallo.	85
1.- Sentencia recurrida	85
2.- Recurso de casación	85
3.- Dictamen del Procurador General	86
4.- La solución del caso	86
SENTENCIA:	92
11- 1880	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf	93
Lex: Art.	93
Vox: Abuso sexual.	93
Summa:	93
SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.	93
Fallo.	94
1.- Sentencia recurrida	94
2.- Recurso de casación	95
3.- Dictamen del Procurador General	95
4.- La solución del caso	95
SENTENCIA	101

12- ¡Error! Marcador no definido.

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcPAJ.pdf	102
Lex: Art.	102
Vox: Abuso sexual.	102
Summa:	102
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro.	102
Fallo.	103
1.- Sentencia recurrida	103
2.- Recurso de casación	104
3.- Dictamen del señor Procurador General	104
4.- La solución del caso	105
SENTENCIA:	107

13- ¡Error! Marcador no definido.

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcGFL.pdf	109
Lex: Art.	109
Vox: Abuso sexual.	109
Summa:	109
SCJM. Dres.: Valerio . Palermo. Adaro.	109
Fallo.	110
I.- Sentencia recurrida	110
II.- Recurso de casación	110
III.- Dictamen del Procurador General	111
IV.- La solución del caso	112
SENTENCIA:	118

43- MUÑOZ GARCIA. 07-11-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_Fc_MGD.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Violencia de Género. Nulidad absoluta. Indeterminación de fecha de los hechos. Violencia económica

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de a la pena de **6 años de prisión** por el delito de abuso sexual con acceso carnal en un contexto de violencia de género (art. 119 tercer párrafo del C.P.)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). En primer orden, impetra la nulidad absoluta de la sentencia por entender que existe una indeterminación de la fecha en que ocurrieron los hechos atribuidos a su asistido En otro orden de ideas, sostiene que existe una inadecuada valoración del plexo probatorio para arribar al dictado de la sentencia condenatoria. Considera que se encuentra afectado el aspecto subjetivo del tipo consagrado por el art. 119 tercer párrafo del CP, lo que supone una errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Por último, denuncia la existencia de un vicio al momento de instar la acción penal, por cuanto entiende que, al ser un delito de acción pública dependiente de instancia privada, éste tiene que surgir de una denuncia específica para este hecho concreto, y la supuesta víctima tiene que manifestar expresamente su deseo de instar la acción penal. En virtud de todo ello, solicita se deje sin efecto la resolución cuestionada y se disponga la absolucón del señalado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso promovido., en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudieran acarrear la nulidad. Así, entiende que no existe una indeterminación en la circunstancia referida por el recurrente y, por ende, no se ha afectado su derecho de defensa, Por otra parte, entiende que el imputado tuvo pleno conocimiento del hecho que se le atribuía. En cuanto a los cuestionamientos relativos a la valoración del plexo probatorio, sostiene que en la sentencia se ha valorado en forma conjunta e integrada todos los elementos de prueba colectados, distinguiéndose los elementos que permitían descartar los argumentos esbozados por el imputado. Finalmente, sostiene que el vicio relativo a la supuesta falta de instancia de la acción penal no puede prosperar, por cuanto la víctima puso en conocimiento de la autoridad judicial el hecho del que resultó víctima, por lo que la acción penal fue debidamente instada.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 357, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Dr. Valerio:

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- Morales Quiroga.
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>

- Merlo Masa. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- González Mauricio 04-10-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181004_FcGCM.pdf

Dr. Adaro.

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. **Perspectiva de género:**

- «Galdeano Reyes». 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- «Merlo Lassa» 17-12-2018 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf

b-CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11 <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

II- Valoración probatoria en materia de nulidades:

- Acosta. 02-05-20
- Fallos 325:1404

c- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es
- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/castrocastro.pdf>

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fernandezortega.pdf>

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/rosendocantu.pdf>

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, Fondo de Cultura Económica, trad. José F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, México, 1989.

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

(J.C.)

Fallo.

**CUIJ: 13-04730436-3/1((018601-37298)) FC/ M. G. D. N. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (37298)
P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104807290***

En Mendoza, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04730436-3/1, caratulada "F. C/ M. G. D. N. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, DESOBEDIENCIA (DOS HECHOS) Y HURTO SIMPLE TODO EN CONCURSO REAL Y EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN".

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

La defensa del imputado D. N. M. G. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 357 (fs. 317) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de 6 años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal en un contexto de violencia de género (art. 119 tercer párrafo del C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P-37.298/18 por el Primer Tribunal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

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

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «en fecha no precisada pero a principios del mes de abril de 2018, siendo aproximadamente las 15:00 hs., D. N. M. G se encontraba en el domicilio de su ex pareja T. E. S. B., ubicado en, cuando comenzó a bajarle el pantalón, a lo que la víctima se opuso e intentó zafarse, pero no pudo ya que el imputado se encontraba encima de ella y procedió a tomarle ambas manos con una de sus manos, mientras que con la otra le bajó el pantalón, penetrándola por vía vaginal y eyaculando dentro de la víctima».

Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de la víctima T. S., los informes psicológicos realizados a la víctima por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) y por el Equipo de Abordaje de abuso sexual (EDeAAS), y demás elementos de juicio incorporados debidamente al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa del imputado M. G plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incisos 1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En primer orden, impetra **la nulidad absoluta de la sentencia por entender que existe una indeterminación de la fecha** en que ocurrieron los hechos atribuidos a su asistido.

Precisa que este vicio es arrastrado desde el requerimiento de elevación a juicio y que desemboca en los fundamentos de la sentencia.

Asegura que la falta de determinación de esta circunstancia afecta directamente las garantías constitucionales de derecho de defensa en **juicio y el debido proceso legal consagradas en el art. 18 de**

la CN, ello por cuanto considera que el imputado tuvo menos posibilidades de ejercer una defensa efectiva contra un hecho que se presenta ab initio como indeterminado en el tiempo.

En otro orden de ideas, sostiene que existe una **inadecuada valoración del plexo probatorio** para arribar al dictado de la sentencia condenatoria. Asevera que ello se evidencia a partir de la valoración que se realizó del testimonio brindado por la víctima, por cuanto ésta reconoció que, a pesar de estar separada de D. M. G, mantenían relaciones sexuales consentidas.

Agrega que a ello debe sumarse las circunstancias previas a la supuesta conducta ilícita, esto es, que la víctima dejó ingresar al imputado a su domicilio en forma voluntaria. Sostiene que tal circunstancia es conteste con la versión de los hechos brindada por el imputado, quien aseguró que, según su parecer, en esa oportunidad también estaban ante la misma situación, porque el ingreso al domicilio fue permitido por T. S..

En este entendimiento, estima que se encuentra afectado el aspecto subjetivo del tipo consagrado por el art. 119 tercer párrafo del CP, lo que supone una errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Por último, denuncia la existencia de un vicio al momento de instar la acción penal, por cuanto entiende que al ser un delito de acción pública dependiente de instancia privada, éste tiene que surgir de una denuncia específica para este hecho concreto, y la supuesta víctima tiene que manifestar expresamente su deseo de instar la acción penal.

En virtud de todo ello, solicita se deje sin efecto la resolución cuestionada y se disponga la absolución de D. N. M. G en orden al delito de abuso sexual agravado por acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP). Solicita informe oralmente el recurso interpuesto de conformidad a lo dispuesto por el art. 480 del CPP. Hace reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por el imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudieran acarrear la nulidad.

Así, en relación al primer agravio esbozado por la defensa entiende que no existe una indeterminación en la circunstancia referida por el recurrente y, por ende, no se ha afectado su derecho de defensa, por cuanto desde los inicios de la investigación se determinó que el hecho tuvo lugar los primeros días del mes de abril del 2018, y la defensa no se opuso en ninguna de las instancias del proceso.

Por otra parte, entiende que el imputado tuvo pleno conocimiento del hecho que se le atribuía, por cuanto tal circunstancia surge de su defensa material al describir lo acontecido ese día.

En cuanto a los cuestionamientos relativos a la valoración del plexo probatorio, sostiene que el sentenciante explicó claramente las razones por las cuales arribó a la certeza necesaria para condenar al imputado M. G, plasmando en los fundamentos el análisis detallado de las pruebas recabadas durante la investigación penal preparatoria y las producidas durante el debate, especialmente la declaración de la víctima, quien describió la mecánica de los hechos y la autoría del imputado.

Concluye que en la sentencia se ha valorado en forma conjunta e integrada todos los elementos de prueba colectados, distinguiéndose los elementos que permitían descartar los argumentos esbozados por el imputado. Finalmente, sostiene que el vicio relativo a la supuesta falta de instancia de la acción penal no puede prosperar. Ello por cuanto de las constancias de autos se desprende que T. S. voluntariamente decidió poner en conocimiento de la autoridad judicial el hecho del que resultó víctima, por lo que la acción penal fue debidamente instada. Por tal motivo, concluye que la sentencia cuestionada no contiene vicios en su motivación, por lo que corresponde convalidar en su totalidad la sentencia impugnada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De manera previa resulta pertinente destacar que el censurante dirige sus agravios en relación a los fundamentos que dan sustento a los hechos tipificados por el tribunal sentenciante como abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP), quedando firmes los pronunciamientos dictados en relación a los delitos de desobediencia (dos hechos) y hurto simple (arts. 239, 55 y 162 del CP), por los que también fue condenado el imputado en el marco de la causa N° P-37.298/18. Sentado ello, debo señalar que el modo en que han sido planteados los agravios casatorios por el recurrente, justifica metodológicamente establecer un orden lógico de tratamiento.

De esta manera, en primer lugar (a) se abordarán los vicios en que se sustenta la alegada vulneración al derecho de defensa en juicio, derivados de las irregularidades apuntadas por el recurrente, como así también, la supuesta falta de instancia de la acción penal, aspectos estos que –según entiende el censurante– acarrearían necesariamente la nulidad de la sentencia cuestionada. En segundo lugar, (b) se ingresará en el análisis nuclear del recurso, mediante la revisión sobre la valoración del plexo probatorio.

a. Acerca de la indeterminación de la circunstancia temporal en el hecho y la ausencia de instancia de la acción pena.

La defensa plantea que se ha vulnerado su derecho de defensa en tanto la falta de determinación de la fecha precisa en que habría acontecido el hecho implicó menos posibilidades de defensa para su asistido. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, por cuanto de los argumentos esgrimidos por el censurante no advierto la vulneración al alegado derecho de defensa. Ello no sólo porque no especificó en qué medida esta indeterminación le habría afectado ejercer debidamente su derecho de defensa sino, principalmente, porque de las constancias de autos no se desprende el vicio denunciado. Al respecto, cabe precisar que en base a lo declarado por la víctima en oportunidad de formular denuncia por los otros hechos por los cuales fue condenado M. (desobediencia y hurto simple), aseguró que el abuso sexual tuvo lugar «aproximadamente un mes atrás».

En base a este dato, el representante del Ministerio Público Fiscal determinó la circunstancia temporal, estableciendo que el hecho aconteció a principios del mes de abril del 2018 y determinó, además, el horario aproximado en que aconteció el hecho. Por lo brevemente reseñado, entiendo que, no obstante las limitaciones probatorias señaladas, la circunstancia temporal se encuentra suficientemente acotada en el tiempo. Por otro lado, no puede soslayarse que el imputado fue debidamente asistido durante las distintas etapas del proceso donde, inclusive, ejerció su defensa material, y no se interpuso incidente alguno contra la determinación de estas circunstancias que conforman el objeto procesal. Pero lo relevante en función de este agravio, lo constituye lo declarado por el propio imputado en oportunidad de ejercer su defensa material, quien en todo momento hizo referencia a entender de qué hecho se trataba, dando su versión de lo acontecido en función de aquél contexto.

En efecto, el imputado al ser interrogado por la fiscalía, respondió: «Sí tuve relaciones sexuales en ese momento que dice la denuncia ...» (fundamentos de fs. 320 vta.). En este sentido, cabe recordar que es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado,

de modo que cause un perjuicio irreparable (ver CSJN «Acosta», sentencia del 4 de mayo del 2000, entre otros). En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (fallos 325:1404). Al no verificarse en esta instancia el perjuicio alegado por el recurrente y que se vincula a la imprecisión temporal del hecho, sus argumentos no pueden ser recibidos toda vez que implican, esencialmente, el planteo de la nulidad por la nulidad misma. A la misma conclusión debe arribarse en relación a la supuesta falta de instancia de la acción penal denunciada por la defensa en esta instancia recursiva.

En efecto, el recurrente basa su pretensión en la circunstancia de que T. S. hizo referencia al abuso en el marco de la denuncia que formuló contra el imputado, por los hechos posteriormente calificados como desobediencia y hurto simple. Entiende que, tratándose de un hecho cuya investigación depende de instancia privada de la parte ofendida por el delito, la denuncia debió ser exclusivamente dirigida a poner en conocimiento de las autoridades este hecho con la consiguiente voluntad de instar la acción penal. Como adelantara, entiendo que este agravio no puede tener acogida favorable, por cuanto de la compulsión de las constancias de autos se advierte que la acción fue debidamente instada. Así, surge del acta de procedimiento obrante a fs. 1, la que fue ratificada a fs. 3 (ambas pruebas instrumentales debidamente incorporadas al debate), que T. S. manifestó espontáneamente a los efectivos actuantes que «en algunas oportunidades tenía relaciones sexuales con [el acusado] con su consentimiento, pero también lo hacía por temor, y que en otras oportunidades este individuo la obligaba a tener relaciones sexuales...».

Estas circunstancias fueron ratificadas por la víctima en oportunidad de denunciar los demás hechos por los cuales el imputado también fue condenado quien, ante la pregunta del Ministerio Público Fiscal, expresó en forma clara su voluntad de iniciar la acción penal por el abuso del cual había sido víctima por parte de M. G (ver acta de denuncia, fs. 9 vta.).

De este modo, según entiendo, no se advierte motivo alguno que implique vicio formal en la instancia de la acción penal analizada que amerite su nulidad. b. Acerca de la valoración de los elementos de prueba
Ante todo debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima T. S.. Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que el Tribunal de sentencia consideró que el hecho que se le atribuía al imputado, y por el que fue condenado, aconteció en un contexto de violencia de género, aspecto que fue soslayado por el censurante en la construcción de sus argumentos defensistas.

En este entendimiento, el juzgador al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género. De este modo, el testimonio brindado por la víctima ocupó un lugar privilegiado en la construcción de su razonamiento.

En este sentido, me interesa destacar –tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «Galdeano Reyes», «Merlo Lassa», entre otros)–, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «Castro Castro vs. Perú». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso

«Fernández Ortega y otro vs. México». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

A nivel nacional la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Expresamente referí en el precedente «Galdeano Reyes» que «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

En este entendimiento, y en lo que respecta a abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, destaque en el precedente «Concha, Jesús» que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)». De este modo, y como adelantara, el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por T. S., el que consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima, los que –cabe aclarar– no han sido objeto de censura en esta instancia recursiva.

Así, el sentenciante meritó el examen psíquico practicado a la víctima por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI) de donde se desprende la existencia de un contexto de violencia de género, como así también, los distintos tipos de violencia de la que era víctima Tatiana por parte del imputado, entre ellas, la modalidad de violencia sexual. Al respecto, destacó el tribunal de sentencia que «en el tema central que aquí nos ocupa, el sometimiento sexual, también fue confirmado por los profesionales examinadores, remarcando que ha habido numerosos episodios en que M. G desplegando su fuerza física, logró someter sexualmente a la señora S. ...] (fundamentos de fs. 334 vta.). Agregó además que los profesionales concluyeron que «la examinada ha transitado por el ciclo de violencia doméstica, lo que ha

favorecido el mantenimiento del vínculo sentido como traumático» (fundamentos de fs. 335). El tribunal de sentencia también ponderó que los profesionales del Cuerpo Médico Forense que integran el Equipo de Abordaje de Abuso Sexual concluyeron que la víctima no presentaba indicadores de fabulación o mitomanía, y destacó que los peritos indicaron que «del relato de los hechos de connotación sexual que efectúa, surge que habría adoptado una actitud de aceptación, contraria a su deseo, a fin de evitar conflictos con su ex pareja derivados de la negativa de consentir relaciones».

Agregó que en clara referencia al hecho que nos ocupa, los examinadores informaron que «... hubo una única ocasión en la cual no habría consentido el contacto sexual y que habría manifestado expresa resistencia al mismo» (fundamentos de fs. 335 vta.).

No obstante lo expuesto, a juicio del recurrente el testimonio de T. S. no resulta creíble en base a dos circunstancias: a) el reconocimiento de la víctima, que a pesar de estar separados con M. G mantenían relaciones sexuales, y b) que el día del hecho la víctima habría consentido el ingreso del imputado a su vivienda. Entiendo que este agravio no puede prosperar, no sólo porque la perspectiva de género en la valoración de la prueba antes referida no admite esta conclusión sino, además, porque el a quo explico en forma adecuada las circunstancias cuestionadas por la defensa.

En primer orden, estimo que el supuesto consentimiento de la víctima en la relación sexual objeto de las presentes actuaciones ha quedado suficiente desvirtuada conforme los elementos analizados precedentemente, los que dan cuenta del contexto de violencia en sus distintas manifestaciones, en especial la violencia sexual, en que tuvo lugar el hecho. Por otro lado, me interesa destacar algunos conceptos relativos a la construcción de estereotipos de agresores en los delitos de abuso sexual, los que desarrolle en el precedente **«González, Mauricio»**.

Señalé en tal oportunidad, que entre los principales mitos de los prototipos de varones abusadores, se destaca la creencia de que éstos presentan rasgos de desviación o perversión sexual, o que sólo los desconocidos cometen este tipo de ilícitos, derivándose de ello que la excepcional comisión de este tipo de delitos por una persona conocida de la víctima genera menos daño que si fuera cometido por extraños. Expresamente referí en la causa citada precedentemente que «...a través de su anclaje en el inconsciente colectivo, se crean y validan mitos sobre los perfiles de los varones abusadores y de las mujeres víctimas que, gravemente, impactan en decisiones judiciales, incluso en algunas ocasiones sin perjuicio de las pruebas que pudieran existir en autos».

Por ello, estimo que la inclusión de este tipo de presunciones equivale a la invasión de prejuicios discriminatorios en el proceso judicial, que restringen los márgenes de protección de las mujeres contra la violencia sexual. La promoción de la igualdad conlleva la tarea, en las autoridades judiciales, de aplicar la ley sin preconceptos ni estereotipos discriminatorios. En segundo orden, y en lo relativo al supuesto consentimiento de la víctima para que el imputado ingresara al domicilio, entiendo que el juzgador explicó en forma satisfactoria tal extremo.

Al respecto, el a quo entendió que el imputado ejercía sobre la víctima violencia económica, en tanto ésta sostuvo que «... no logró romper totalmente el vínculo con él, porque necesitaba que la ayudara económicamente y con el subterfugio de traerle dinero para la crianza de la prole, M. se acercaba a su nuevo lugar de residencia ... no obstante la prohibición de acercamiento que tenía vigente con relación a los menores y la mujer por necesidad, lo aceptaba» (fundamentos de fs. 337 vta.).

Cabe recordar que la violencia económica, ha sido expresamente reconocida como una de las manifestaciones de violencia contra la mujer (art. 5, Convención Belem Do Pará; art. 4, ley 26.485). Por su parte, el Comité de la CEDAW, en la Recomendación N° 19, afirma que la violencia contra las mujeres es

una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de éstas para gozar de sus derechos y libertades en pie de igualdad con los varones. Entre las observaciones refiere que «la falta de independencia económica obliga a muchas mujeres a permanecer en situaciones violentas...».

En este orden de ideas, comparto las apreciaciones formuladas por el juzgador en tanto – según entiendo– la violencia económica es una forma de control y de manipulación que ejerce el hombre sobre la mujer en una sociedad estructuralmente desigual.

Por tal motivo, estimo que las circunstancias relatadas por la víctima se presentan como creíbles en el marco de un contexto de violencia de género debidamente acreditado y, en razón de ello, deben desestimarse los agravios esgrimidos en este sentido. Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que el tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de M. G en el hecho objeto del proceso. Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes **“Morales Quiroga”, “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa” y “Ojeda Pérez”**.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)».

En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres".

En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art. 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”),

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de

la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo». Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y los exámenes psicológicos realizados a ella.

Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 348/352 vta. por la defensa técnica de D. N. M. G y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 357 dictada por el Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

44- SANTUCCI. 11-11-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191111_FcSCM.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafos inc. b, f y 55 del CP.

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Vínculo.

Summa:

El **TPC N° 1-3° CJ** condenó al señalado a la pena de **doce años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por el acceso carnal y por el vínculo, en tres hechos independientes en concurso real (arts. 119 cuarto párrafo inc. b) en función del tercer párrafo y 55 del Cód. Penal.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), aduciendo en primer lugar, impetra la nulidad absoluta de la sentencia por entender que existe una indeterminación de la fecha en que ocurrieron los hechos atribuidos a su asistido. la sentencia carece de fundamentación

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto. .

Resolución cuestionada: Sentencia N° 632, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Quiroga
- Cruz Caporiccio. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa: 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Merlo Lassa: 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- b-CSJN:
- Leiva, María Cecilia. 01-11-11 <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf#>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20q%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.

(J.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04728364-1/1((018601-22739)) FC/ S. C. M. P/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO (22739) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104805130*

En Mendoza, a los once días del mes de noviembre de dos mil diecinueve reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04728364-1/1 caratulada "F. C/ S., C. M. P/ ABUSO SEXUAL... S/ CASACIÓN".

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

La defensa de C.M.S.G. interpone recurso de casación (fs. 98/102) contra la Sentencia N° 632 en tanto condena al nombrado a la pena de doce años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual agravado por ser cometido con acceso carnal y por ser el encargado de la educación o guarda y por ser cometido contra una menor de 18 años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma (reiterados hechos en concurso real (art. 119 3° y 4° párrafos inc. b, f y 55 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia tiene por probados los hechos contenidos en el requerimiento de elevación a juicio, esto es, que a partir de que la denunciante iba a cuarto grado de la primaria, y hasta el mes de marzo de 2018, su padrastro, el imputado, abusó sexualmente de ella, accediéndola carnalmente por la vía vaginal, con una frecuencia casi diaria, en momentos en que el resto de la familia se acostaba a dormir a la noche, en el domicilio que comparten, en, para lo cual la forzaba y en ocasiones le manifestaba que si decía algo, sus hermanos iban a sufrir. Los últimos dos hechos fueron, uno, el 8 de marzo de 2018, mientras la menor estaba acostada en su habitación hablando por teléfono con su novio, cuando ingresó el imputado, le tapó la boca y abusó de ella. Luego de unos días, la menor se acostó en la habitación de su madre, el imputado llegó de trabajar, cerró la puerta, se sacó la ropa y por la fuerza la accedió vaginalmente. Se probó asimismo, que varias oportunidades veía videos pornográficos y le pedía a la menor que lo hiciera con él, mientras la tocaba.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque el inferior no respetó las reglas de la sana crítica racional al valorar las pruebas rendidas, y omitió ponderar prueba ofrecida por su parte, aplicando erróneamente la ley sustantiva. Relata que se admite la existencia de un hecho de acceso carnal vaginal valiéndose únicamente de la prueba testimonial de la víctima, las pericias psicológicas y psiquiátricas y la denuncia de la psicopedagoga de la escuela, dejando de lado la prueba de descargo y negando la posibilidad de interrogar a la víctima. Señala que el inferior no dijo por qué la señora A. estaba enemistada con la víctima, si no hay prueba de ello, y nadie preguntó si estaban enemistadas. Refiere que se probó que en la casa siempre había gente, que la escalera hacía ruido, que el piso de la habitación de la víctima cruje, por lo que su versión es

imposible, lo que el a quo no tuvo en cuenta. Destaca que su pupilo carece de antecedentes, el informe del psiquiatra dice que no tiene desviación psicosexual, a lo que le suma que concurrió a la comisaría y nunca se escapó, entre otros indicios negativos. Tilda de contradictoria a la sentencia, señala que la víctima se contradijo sobre si tomó pastillas; que no se sabe si los abusos empezaron a los 6 o a los 10 años. Que toma como fundamentos hechos que no están probados, como ser el abuso a sus otras sobrinas y no fundamenta el apartamiento de la pericia psiquiátrica. Se agravia también porque la pena no es proporcional, porque no quedó demostrada la autoría de ningún hecho antiguo; se habla de hechos indeterminados en contradicción con la normativa aplicable. Pide que se anule la sentencia, se absuelva a su pupilo, reclamando el imperio del beneficio de la duda. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque gira en torno a la descalificación del testimonio de la víctima, intentando señalar contradicciones.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En efecto, la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, se basa en las pruebas rendidas, en particular en la Cámara Gesell, en la que la víctima brindó detalles –pormenorizados, precisos, según la percepción del a quo–, y en las apreciaciones de las profesionales que intervinieron en el transcurso del proceso, Dra. Cozzan y Lic. Moreno del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, quienes calificaron su relato como coherente y descartaron que mienta.

También tiene en cuenta el inferior que la Lic. Pippi, psicopedagoga de la escuela a la que la niña concurría, detectó su comportamiento anormal y la entrevistó, exponiendo que la notó sincera cuando manifestó que era abusada por su padrastro, sin atisbos de fabulación ni mitomanía, ante lo cual dio inicio al procedimiento previsto para esos casos por la Dirección General de Escuelas, meritando el sentenciante no sólo la concordancia de dichos testimonios e informes, sino también que el relato de la menor se mantuvo constante, sin sufrir esenciales modificaciones.

Estas probanzas fueron valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha logrado demostrar, derivando de ellas el a quo en forma lógica, la decisión condenatoria. Por su parte, el recurso no representa una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia del defensor con el criterio valorativo del sentenciante, que no brinda adecuados motivos que conduzcan a su revocación, lo que impide que prospere según se ha dicho reiteradamente (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Esta discrepancia se evidencia, entre otros tramos del recurso, cuando el impugnante, prescindiendo de las constancias de autos y de lo actuado en el debate, alega que los hechos son indeterminados, o que no evaluó que la menor denunció a su pupilo en venganza «... por no dejarla salir de noche con su novio» (recurso, fs. 99).

Igualmente, cuando disiente con la credibilidad y alcance que el inferior le confirió al testimonio de los tíos y primas de la menor –los que pueden suprimirse sin que varíe la plataforma fáctica fijada–, proponiendo una interpretación distinta de sus deposiciones.

Además, carece de relevancia a la luz del importante cuadro cargoso reunido, detallado en los párrafos anteriores, la edad exacta en la que comenzaron los abusos; que su pupilo no registre antecedentes, que haya concurrido a la comisaría y no se haya escapado (recurso, fs. 100); que no se haya ahondado en la supuesta enemistad que existía entre la víctima y su tía; si la menor tomó o no pastillas para suicidarse; los posibles ruidos que hacía la escalera, o la circunstancia que en la casa donde se perpetraron los abusos vivía más gente, toda vez que la inclusión mental hipotética de estos datos carece de entidad para que se modifique la condena pronunciada, a tenor del método de la inclusión mental hipotética utilizado por esta Sala en múltiples ocasiones (L.S. 397-124, 397-177, 400- 38).

A esto se suma que la pericia psicológica del encartado, si bien dictamina que no se observan indicadores compatibles con trastornos psicosexuales específicos –fragmento que esgrime la defensa–, a continuación explica que «... las características propias de su personalidad (impulsividad, inestabilidad emocional, narcisismo, baja tolerancia a la frustración, dominancia, limitada capacidad empática, frialdad afectiva), pueden manifestarse en todas las áreas de su conducta, incluida la sexual» (dictamen, fs. 202 y vta), extremo que fue válidamente tenido en cuenta por el a quo en los fundamentos.

Cabe consignar que el agravio centrado en que el sentenciante tomó como «... palabra santa la declaración de la supuesta víctima, las pericias psicológicas y psiquiátricas realizadas a la víctima y la psicopedagoga de la escuela» (recurso, fs. 101), no puede ser acogido, toda vez que sobre la valoración probatoria en materia de violencia de género me he expedido en los precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa» y «Ojeda Pérez».

En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenida en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará- , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esa misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres. En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria». En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)». Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Por todos estos motivos, concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer, resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables; consideraciones, como adelanté, que entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y los exámenes realizados.

El desarrollo hasta acá efectuado permite desechar de plano la aplicación del principio contenido en el art. 2 CPP, solicitada por la defensa, desde que la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, por parte del tribunal (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros).

Resta decir que la penalidad impuesta ha sido válidamente seleccionada entre el mínimo y el máximo de la escala aplicable, descartándose la desproporcionalidad invocada por el recurrente, toda vez que ha sido adecuadamente fundada, tomando como agravantes, entre otros, la prolongación y frecuencia de los abusos, así como la existencia de amenazas, ya que le decía a la menor que si contaba lo sucedido, sus hermanos pequeños iban a sufrir, según surge de las constancias de audio y video adjuntadas.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

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

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de C. M. S. G..

En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la valoración de los elementos de prueba en hechos acontecidos en un contexto de violencia de género, a los que ya me he referido en numerosos pronunciamientos (**ver «GaldeanoReyes», «Merlo Lassa», «Concha, Jesús»**, entre otros).

En esta última oportunidad señalé en relación a esta forma de manifestación de violencia contra las niñas que «se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso».

En función de lo señalado sostuve que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (**cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**)».

Por otro lado, y atendiendo a que la defensa considera que resulta de aplicación en el presente caso el art. 2 del CPP, estimo oportuno señalar la vinculación existente entre la necesaria perspectiva de género en el análisis de casos como el traído bajo estudio y el principio in dubio pro reo.

En este sentido, y tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento resulta necesario ponderar que en el caso bajo estudio, debido a las particularidades propias del ataque –como es sabido, suelen ser llevados a cabo frente a víctimas desprotegidas o en la intimidad– el relato de quien ha sido violentada en su libertad sexual, máxime cuando se trata de una niña, debe ser cuidadosamente analizado y ha de atribuírsele un lugar privilegiado en la construcción de la premisa fáctica que integra el razonamiento del juez.

Así las cosas, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima, ponderó todos los elementos de juicio incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por otra parte, me interesa destacar que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (Cfr. **CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**).

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: uno proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y dos, restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “**Caso Bulacio c/ Argentina**”. **Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N° 100. Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37**).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

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

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

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

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 98/102 por la defensa de C. M. S. G..
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

45- MOLINA MARCHAN. 11-11-19.

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

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191111_FyQcMMJ.pdf

Lex: Art. 119, 3º párrafo del CP.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Situación de vulnerabilidad.

Summa:

El **TPC** condenó al acusado a la pena de a la pena de **siete años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal (art. 119 3º párrafo del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Aduce que no hay nexo lógico entre prueba y conclusiones; tampoco habría alcanzado el grado de certeza requerido para condenar. En subsidio, debió encuadrarse el comportamiento en la figura en grado de tentativa. Por último, la pena sería desproporcionada (conf. art. 41 inc. 2º CP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Se ha tenido en cuenta el relato de la víctima y la penalidad se encuentra debidamente fundada

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 360, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- «Morales Quiroga».
- «Cruz Caporiccio» https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf

b-2da. C. Crim. 1ª CJ

- «Díaz Castro» (P-58.001/15).
- «Castillo Exequiel» (P-2.080/13)

Párrafos destacados:

«[C]onforme los estándares internacionales y regionales, la situación del niño F. M., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, debe ser analizada desde una mirada que abarque las distintas condiciones de vulnerabilidad que lo abarcan, en el caso: por ser niño y por su condición de discapacidad, lo que merece una especial atención por cuanto esta última condición implica una situación de extrema vulnerabilidad».

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.

(E.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04726605-4/1((018601-43679)) F.YQUER.PART.C/ M. M. J. P. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (43679) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104803287*

En Mendoza, a los once días del mes de noviembre de dos mil diecinueve reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04726605-4/1 caratulada "F. C/ M. M., J. P. P/ ABUSO SEXUAL... S/ CASACIÓN".

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

La defensa de J.P.M.M interpone recurso de casación (fs. 372/380) contra la Sentencia N° 360 en tanto condena al nombrado a la pena de siete años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual agravado con acceso carnal (art. 119 3° párrafo del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 19 de mayo de 2017 a las 10:47 horas, en el domicilio de la víctima, en el Barrio ..., la madre de ésta arribó al lugar y sorprendió al imputado –su sobrino– en una de las habitaciones con los pantalones bajos y el pene erecto, junto a su hijo F.N.M. de 17 años de edad, que padece síndrome de Down, quien dijo que lo había tocado en sus genitales. Con anterioridad a este hecho, el imputado le introdujo el pene en el ano al menor, al menos en tres oportunidades.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque la fundamentación es nula, ya que no hay nexo lógico entre la prueba y las conclusiones. También, porque no se adquirió el grado de certeza requerido para condenar, por lo que ante la duda existente se debe absolver a su pupilo.

Refiere que no se especificó cuál es el único hecho que se considera probado, destacando que en el que motivó su detención no se habría consumado el abuso sexual, toda vez que las pruebas demuestran que en esa oportunidad no hubo penetración, al no registrar la víctima lesiones recientes y sí de antigua data, ni encontrarse esperma de su asistido, por lo que debe en subsidio, modificarse la calificación legal por la de abuso sexual con acceso carnal, en grado de tentativa.

Se agravia asimismo, porque de conformidad con el art. 41 inc. 2° del CP, la pena es desproporcionada.

Realiza reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina, entre otras cuestiones, que el recurso no puede prosperar al carecer de asidero, desde que han sido tenidos en cuenta especialmente el relato de la víctima y sus características especiales, encontrándose la penalidad debidamente fundada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado. En efecto, la motivación de la sentencia es suficiente a los fines de su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, a tenor de la jurisprudencia de este Cuerpo en el sentido que los posibles defectos de la resolución, para conllevar la extrema solución de su nulidad, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en autos, a la luz de la revisión efectuada, no ocurre.

Así, el inferior se basó en las pruebas rendidas, que dan cuenta que la madre de la víctima dijo que llegó más temprano a su casa y alzó la voz para despertar a su hijo F.N.M., momento en que su sobrino, el imputado, salía de una habitación «... desnudo en la parte de abajo, no se alcanzó a prender el pantalón, se le veía el pene erecto...» mientras el menor lloraba; que al preguntarle a éste qué le había pasado, manifestó que el encartado «*le estaba haciendo el amor*» (fundamentos, fs. 358 y vta), lo que repitió en la Cámara Gesell, según expone el sentenciante a fs. 359 y el quejoso no cuestiona.

A esto se suman las lesiones que el menor presentó en el ano, que fueron constatadas por la médica del Cuerpo Médico Forense, quien señaló que databan de unos quince días, que se trataba de un traumatismo reiterado, ocasionado de afuera hacia adentro, por lo que desestimó que se hayan producido por otra causa que no sea un abuso, recordando asimismo en el debate que la víctima refirió en su presencia que «... *mi primo, me metió el pene, en muchas ocasiones*» (fundamentos, fs. 359 vta).

También se desprende de lo actuado, que el imputado vivía enfrente de la víctima, eran primos y tenían una relación muy cercana, a punto tal que la madre del encartado –hermana de la madre de la víctima–, tenía la llave de la casa de la segunda «*por las dudas*», y para despertar a la víctima «... *si se quedaba dormido. Que le encargaba a su hijo y si ella no podía, estaba P.*». Es más, «*P. estaba pintando mi casa, entraba y salía todo el tiempo, sabía todos los movimientos de mi casa ...*» (fundamentos, fs. 358).

Estos elementos probatorios, aunados a las pericias practicadas y a los dichos del encartado que fueron analizados por el inferior, así como al resto de la prueba incorporada, según el video del día 26 de octubre de 2018 (04.00 y siguientes), constituyen un contundente cuadro cargoso que el quejoso no critica razonadamente, limitándose a expresar en el recurso su discrepancia con el criterio valorativo que utilizó el juzgador, sin desvirtuar la argumentación que derivó en la condena, lo que impide que prospere según se ha dicho reiteradamente (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Dicha discrepancia se evidencia en múltiples fragmentos del recurso, por ejemplo, cuando alega que no se determinó correctamente el hecho por el que fue condenado su pupilo, aduciendo que «... *el único hecho que se encontraría probado, no se especifica cuál es, si resultara ser el que motivó la detención en la presente causa, pues en el mismo no se habría consumado el abuso sexual, ya que las pruebas objetivas son contundentes en demostrar que en ese hecho no existió penetración*» (recurso, fs. 379), expresiones que prescinden del contexto que surge de autos.

También yerra el impugnante cuando le da una interpretación distinta a los dichos de la Dra. B., de la que se vale para negar el abuso con acceso carnal.

En esa dirección, esgrime que las cicatrices son de antigua data (recurso, fs. 379), sin considerar que la médica prementada dijo en el debate, que si bien ellas no eran de 24 ni 48 horas, «*la cicatriz era antigua, mayor de 15 días ...*» (fundamentos, fs. 359 vta), elementos éstos que conjuntamente con los ya reseñados y evaluados de manera integral, permiten que el inferior, a pesar de los defectos de redacción en que

incurre, concluya con certeza, tal como textualmente se transcribe a continuación, en que «... las lesiones constatadas de abuso sexual de acceso carnal y el hecho que, de las declaraciones de la víctima podemos afirmar con total certeza la existencia de al menos un hecho cuyo autor es el imputado, esta es la facticidad por la que debe resultar condenado, ya que existe respecto de los demás eventos mencionados, una imposibilidad de llevar a cabo una descripción concreta que pueda ser atribuida al imputado y de la que pueda defenderse correctamente» (fundamentos, fs. 364), lo que no es adecuadamente refutado por el quejoso, según se ha demostrado.

Cabe acotar en este punto que durante mi desempeño como juez de la Segunda Cámara del Crimen, me he expedido sobre la forma de ponderar las probanzas rendidas en supuestos como el presente, temperamento que he mantenido en esta Sala en forma constante («**Morales Quiroga**», «**Cruz Caporiccio**», entre otros).

Así, en el expediente P-58.001/15 «**Díaz Castro**», en términos que resultan aplicables, he referido que en los casos en que la Cámara que integraba «... ha tenido que resolver con relación a una situación de vulnerabilidad por condición o por constituir causa, como la edad y/o el género, queda evidenciado el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, convencionales y legales vigentes en la valoración de los elementos probatorios, los que también aplica a las otras situaciones de vulnerabilidad, sea por el estado físico o mental (discapacidad), pertenencia a comunidades originarias o a minorías, por victimización, migración, desplazamiento interno, pobreza, privación de libertad o circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, siempre lo ha hecho teniendo en cuenta las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en vulnerabilidad" aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que les permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial...».

Estas consideraciones se aplican al presente caso «... con mayor razón cuando se trata de una doble situación de vulnerabilidad, por la edad ...» y por la discapacidad de la víctima.

Asimismo, en la causa N° P-2.080/13 «**Castillo Exequiel**», del mismo Tribunal que integré y cité precedentemente, dije que «... no puedo dejar de tener en cuenta que entre los Tratados y Convenciones con jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de la C.N. se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño que establece un amparo genérico hacia ellos y obligaciones hacia el Estado argentino y en consecuencia a su gobierno (Legislativo; Ejecutivo; y Judicial) y entre estas, se encuentra la necesidad de adoptar medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (art. 19), que debe entenderse siempre que el niño esté en custodia (de cualquier persona o institución) y con relación al accionar de toda persona».

En consecuencia, no resulta procedente que se modifique la calificación por abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa como impetra la defensa, resultando irrelevante que no se encontrara esperma de su defendido.

Por último, se descarta que haya sido vulnerado el art. 41 inc. 2 Cód. Penal en la especie, y que la penalidad resulte desproporcionada, como invoca el letrado, toda vez que el delito se encuentra consumado y está suficientemente fundado el motivo por el que se impusieron siete años de prisión: la edad de la víctima, su discapacidad, su menor capacidad de resistencia o de oposición que podría ofrecerle, el vínculo familiar que los unía, el daño que le ocasionó al grupo familiar y la ventaja que le confería al imputado la cercanía de su domicilio con el de la víctima (fundamentos, fs. 365 y vta), entre otros aspectos que señala el magistrado.

Resta decir que no puede ser acogido el pedido de absolución, ya que la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP, por parte del tribunal, según se ha dicho en forma constante (L.S. 419-17, 397-237, 388- 024, 388-062, entre otros).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere y amplía.

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

Comparto la solución a la que arriba el ministro que lidera el voto preopinante, por cuanto entiendo que el tribunal de sentencia construyó sus argumentos a partir de indicios serios y concordantes, con una mirada integral de la problemática y, particularmente, consideró la especial situación de vulnerabilidad de la víctima.

Preliminarmente, estimo oportuno precisar que conforme los estándares internacionales y regionales, la situación del niño F. M., quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado, debe ser analizada desde una mirada que abarque las distintas condiciones de vulnerabilidad que lo abarcan, en el caso: por ser niño y por su condición de discapacidad, lo que merece una especial atención por cuanto esta última condición implica una situación de extrema vulnerabilidad.

Dicho de otro modo, el imputado al perpetrar la violencia sexual contra la víctima en autos, se sirvió de una condición diferencial que ubica a estas víctimas en una posición de desventaja a nivel social, adicionalmente a cualquier otra, como pueden ser el género o el nivel socioeconómico.

Se trata entonces, de diversas situaciones de vulnerabilidad que lo atraviesan, por cuanto cada una de ellas demanda una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación. Ello implica el deber de ponderar los obstáculos que nuestra praxis judicial presenta para el efectivo acceso a la justicia de este sector vulnerable de la población.

En este sentido, me interesa destacar que en el nuevo modelo social la discapacidad es percibida como una característica de la diversidad humana con el mismo valor y dignidad que las demás, lo que supone centrar las respuestas sociales y jurídicas en la no discriminación e igualdad de oportunidades, incluyendo la diferencia en la construcción y diseño de la sociedad.

De esta manera, entiendo que los principales problemas que enfrentan las personas con discapacidad no son consecuencia de sus diferencias funcionales, sino del modo en que se encuentra diseñada la sociedad, a través de la construcción de barreras de distinta índole, actitudes discriminatorias y estereotipos culturales negativos hacia este sector vulnerable de la población. Por ello, debe entenderse que la discapacidad no es un problema individual de la persona, sino un problema social.

Precisamente estos principios inspiraron a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), aprobado en el ámbito de las Naciones Unidas en fecha 13 de diciembre de 2006, y ratificada por nuestro país mediante ley 26.378, e incorporada al bloque constitucional mediante ley 27.044, en donde la idea de igualdad y no discriminación atraviesa todo el articulado.

Así, el problema social se evidencia en el concepto de discapacidad que proporciona la CDPD, al definirla como «... un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y

las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (inciso e) del Preámbulo, CDPD).

En la misma línea, la citada convención define a la persona con discapacidad como «... *aquellas que tengan deficiencias físicas, ... que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 1 párrafo 2, CDPD).*

De esta manera, se desprende de los conceptos apuntados, que la diversidad funcional no es lo que determina la capacidad de una persona, sino que ésta es en función de las barreras que impone la sociedad, es decir, de cómo esta diagramada la sociedad. De esta concepción, se desprende que resulta de vital importancia el cumplimiento de los deberes impuestos al Estado a fin de asegurar el efectivo acceso a la justicia de este sector especialmente vulnerable de la población.

En este entendimiento, la CDPD prevé la obligación de los Estados partes de asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, realizando ajustes de procedimientos adecuados a la edad y madurez para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos (art. 13, CDPD).

Los ajustes razonables son, según la citada convención «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2, CDPD).

Estos estándares de accesibilidad, según entiendo, garantizan a este colectivo de personas una tutela judicial efectiva en sentido amplio, esto es, la consideración de todas las circunstancias sociales, económicas, personales y de cualquier otra índole, que puedan en la práctica impedir a las personas acceder al amparo de la justicia.

Sentado cuanto precede, advierto que el sentenciante interpretó adecuadamente los lineamientos impuestos por la normativa referida en tanto tuvo en cuenta, al valorar los distintos elementos de juicio, la especial situación de vulnerabilidad de la víctima.

De este modo, consideró el juez a quo que *«este marco normativo internacional y nacional tiene en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los niños con discapacidad víctimas de violencia . Esa vulnerabilidad doble, aumenta cuando las agresiones provienen del seno familiar y más aún cuando se trata de ataques sexuales en dicho ámbito [...] tengo el convencimiento de que los dichos de la víctima reúnen características tales que les otorgan plena credibilidad, por dos razones: en primer lugar por el contenido y la forma de su declaración en la que no se puede requerir una exposición que no sea acorde a las particulares circunstancias de la víctima, agravada por la discapacidad que padece ...» (fundamentos de fs. 363 vta. y 362).*

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LAS MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Puesto a resolver sobre la primera cuestión planteada, coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante. Particularmente en lo relativo a la valoración de la prueba en contextos de género, entiendo oportuno remitirme a la consideraciones que oportunamente realizara en el precedente «Mejía, Salvador», las que entiendo se aplican, en lo pertinente, al presente caso en análisis.

ASÍ VOTO.

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

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

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

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de los honorarios profesionales.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 372/380 por la defensa de J.P.M.M.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas al imputado vencido y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

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

46- VICIDOMINI. 20-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	H	NNA	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcVSG.pdf

Lex: Art. 127 del CP (Ley 11.179). Art. 125 inc. 1° en función del último párrafo (texto anterior a la Ley 25.087) del CP. Art. 119 3° párrafo en función con el 4° párrafo incs. b y f y 55 del CP. 414 del CPP. Ley 25990.

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual. Promoción de la corrupción de menores. Agravado por el vínculo. Cambio de calificación. Abuso deshonesto. Prescripción. Extinción de la acción penal. Absolución.

Summa:

El **Excma. Primera Cámara del Crimen** resolvió absolver al nombrado por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción del delito de abuso deshonesto agravado por el vínculo (art. 127 -texto según Ley 11.179, T.O decreto 3992/84)

El **representante del MPF** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP). por: a) discrepa con el tribunal de sentencia al afirmar que la calificación jurídica pretendida por el recurrente violenta el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio b) cuestiona la prescripción de la acción penal.

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del MPF.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7.428, pronunciada por la ex Primera Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1) - 1° CI.

SCJM. Dres.: Valerio. Palermo. Adaro.

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-03799289-9/1((010501-42817)) F. C/ V. S., G. A. S. P/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO (42817) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103838702*

En Mendoza, a los veinte días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03799289-9/1, caratulada "F. C/ V. S., G. A. S. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO S/ CASACIÓN".

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

El titular de la entonces Primera Fiscalía de Cámara del Crimen interpone recurso de casación (fs. 761/772) contra la Sentencia N° 7.428 (fs. 733) y sus fundamentos (fs. 736/754 vta.), mediante la cual se resolvió absolver a G. A. S. V. S. por haber operado la extinción de la acción penal por prescripción del delito de abuso deshonesto agravado por el vínculo (art. 127 -texto según Ley 11.179, T.O decreto 3992/84) en autos N° P-42.817/08. El pronunciamiento fue dictado por la entonces Primera Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

1.- Sentencia recurrida

Conforme surge de las presentes actuaciones a G. A. S. V. S. se le atribuyó que «entre los años 1997 y 1998 el acusado medio hermano por parte de madre de Y. I. C., quien en esa época contaba con ocho años de edad y convivía con el nombrado en la vivienda sita en calle ... de Ciudad, aprovechando que sus padres se ausentaban en las noches del domicilio, se dirigía a la habitación de aquella, la tomaba del brazo y la conducía hacia su habitación, donde la obligaba a practicarle sexo oral, repitiéndose dicha conducta en forma indeterminada". Estos hechos, al momento de requerirse la citación a juicio, fueron encuadrados en la figura legal prevista por el art. 119 tercer párrafo en función con el cuarto párrafo incs. b y f y 55 del CP, que es abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y la convivencia preexistente, varios hechos en concurso real.

Al momento de alegar el representante del Ministerio Público Fiscal mantuvo la acusación pero con respecto al delito de promoción de la corrupción de menores agravada por la edad de la menor y por el vínculo (art. 125 inc. 1 en función con el último párrafo del CP, texto anterior a la ley 25.087 de mayo de 1999).

El tribunal de sentencia no entendió que se encontraran acreditados los requisitos de la figura legal requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal, por lo que consideró que aquellos hechos debían encuadrarse como abuso deshonesto agravado por el vínculo, previsto por el art. 127 del CP, según la ley vigente al momento de los hechos, esto es con anterioridad a la reforma de la ley 25.087. Por ello, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 62, inc. 2 y 67 del CP, consideró que la acción penal se encontraba prescripta.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP. Así, propone los siguientes cuestionamientos.

a) Sostiene que se encuentra probado que el imputado cometió en forma reiterada y constante, durante los años 1997 a 1998 actos de carácter impúdico y de desahogo sexual perverso sobre el cuerpo y la psiquis de la niña consistentes en fellatio in ore, tocamientos en partes pudendas como senos y cuerpo en general y presuntos intentos de acceso carnal o de desfogue sexual entre las piernas de la víctima. Argumenta que sobre estos puntos fácticos no se ha de controvertir pues han sido afirmados en igual sentido por el juez en la sentencia.

En efecto, estima que estas acciones llevaron a la niña, tempranamente y de manera perversa, a un trato sexual anticipado para su edad y perjudicial para su normal desarrollo sexual futuro. Agrega que recién durante la adolescencia, la víctima pudo -en terapia psicológica por consumo de estupefacientes y relaciones sentimentales irregulares posteriores a los hechos-, reconocer y extrapolar que todo ello fue producto de los actos delictivos de abuso sexual cometidos por su hermanastro en su niñez.

Considera que no es un requisito típico penal, como lo pretende el Tribunal, que el imputado obre con intención de corromper, bastando que los actos en sí mismos sean objetivamente adecuados a tal fin, lo que aconteció en autos.

Argumenta que la calificación correcta sería la de promoción de la corrupción de menores agravada por el vínculo (art. 125 inc. 1, último párrafo del CPP). Por lo tanto, no está de acuerdo que la conducta del imputado encuadre en el delito de abuso deshonesto agravado, como lo ha calificado jurídicamente el a quo.

b) Discrepa con el tribunal de sentencia al afirmar que la calificación jurídica pretendida por el recurrente violenta el principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio.

Entiende que la plataforma fáctica se mantiene sin alteración, y sin afectar el principio de congruencia o de correlatividad. Agrega que la pena y su monto eran similares a los previstos para la corrupción agravada de menores, por lo que desde la óptica de la pena tampoco el cambio de calificación afecta la situación procesal del imputado, por lo que nunca estuvo en estado de indefensión. Además, señala que el imputado se defiende de hechos, no de calificaciones jurídicas.

Por lo tanto, expresa que la modificación de la calificación jurídica al momento de los alegatos, no ha atentado contra el derecho de defensa, por cuanto se mantuvieron sin cambio los mismos hechos y se observaron las garantías procesales previstas por la ley, al punto que la defensa al alegar pudo rebatir la posición de la fiscalía.

c) Por último, cuestiona la prescripción de la acción penal, atento a que considera que el decreto de fs. 35 posee virtualidad interruptiva debido a que el mismo si contiene claramente un «llamado» a indagatoria (citación a declarar) respecto al imputado y la prescripción a los términos del tipo penal pretendido por esta parte no opera a los 10 años sino a los 12 años.

En este contexto, sostiene que no es descabellado pensar que el «llamado» es una forma de dar transparencia y publicidad al acto, a fin de que el imputado sepa que se encuentra investigado y pueda realizar su descargo defensivo. Considera que en autos el imputado tomó conocimiento y realizó actos atinentes a su defensa antes de su aprehensión, como por ejemplo a fs. 45 el 30/10/2008 se encuentra el escrito de la defensa propuesta y a fs. 63 y vta. el 10/09/2009 se encuentra el mantenimiento de libertad.

A su entender no se encuentra prescripta la acción penal, atento a que siendo el plazo máximo de prescripción previsto para el delito de la promoción de corrupción de menores agravada de 12 años y que el primer llamado al imputado a declarar es del año 2008 (decreto de citación del imputado de fs. 35), se encuentra vigente la acción penal, dado que los hechos datan de 10 años hacia atrás.

Asimismo considera que el decreto de fs. 35 cita al imputado y tiene el efecto interruptivo de la prescripción de la acción. La circunstancia que allí se señale «oportunamente» no tiene la relevancia dada por el sentenciante pues no se sabía dónde estaba aquél y, por ello, se encontraba en la orden del día.

Por lo expuesto, solicita que haga lugar al recurso y se revoque la resolución recurrida.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal contra la Sentencia N° 7428 emanada de la entonces Primera Cámara del Crimen.

Se remite a lo expresado oportunamente por el Fiscal en su recurso de casación, argumentos que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Luego del análisis del recurso como de la sentencia atacada, arribo a la conclusión que en esta última no se observan los vicios que le asigna el recurrente. Por el contrario, comparto las conclusiones a las que llega el Tribunal en sus fundamentos.

Según el recurrente la calificación adecuada en la que correspondería encuadrar los hechos sería promoción de la corrupción de menores agravada por el vínculo (art. 127 inc. 1, último párrafo del CP). Conforme a la referida calificación y al sentido que le asigna al decreto de fs. 35, la acción penal se encontraría vigente. Ello en tanto sostiene que esas acciones llevaron a la menor, tempranamente y de manera perversa, a un trato sexual anticipado para su edad y perjudicial para su normal desarrollo sexual futuro. No siendo necesario, como requisito típico penal, que el imputado obre con intención de corromper, por el contrario, basta que los actos en sí mismos sean objetivamente adecuados a tal fin.

Al respecto, estimo que no le asiste razón al impugnante, en tanto el tribunal de sentencia, en razonamiento que comparto, entendió que los hechos no configuraban aquella figura legal.

El sentenciante encontró una razón de orden formal y de orden material para no hacer lugar al encuadre legal de los hechos realizados por el fiscal. La material, es que no consideró reunidos en el caso los presupuestos legales de la figura de promoción a la corrupción de menores agravada por el vínculo, y la formal, vinculada a que hacer lugar al cambio de calificación implicaría una vulneración inadmisibles al principio de congruencia y, por consecuencia, de la defensa en juicio.

Para ello señaló, en primer lugar, que el dictado de una sentencia condenatoria, siguiendo esa calificación legal, violentaría derechos fundamentales del imputado, como la garantía de defensa en juicio por violación al principio de congruencia, lo que acarrearía su nulidad absoluta.

En efecto, argumentó que si la calificación legal desde los albores de la investigación hubiera sido promoción de la corrupción de menores agravado por el vínculo, la estrategia defensiva debió orientarse a otros fines, porque los aspectos objetivos y subjetivos de la mencionada figura son distintos. Es decir, la

defensa debió demostrar que V. mediante esos actos, no quiso afectar el normal desarrollo de la sexualidad mediante la realización de actos prematuros, excesivos, y perversos, que es lo que caracteriza a esa figura.

En segundo lugar, expresó que el imputado además de saber que los actos que realiza son «corruptores», es decir que tienen potencialidad para desviar la conducta sexual del menor, debe perseguir una finalidad concreta, que es el logro de la corrupción de la víctima. Por lo tanto, aun cuando el acto sea perverso y objetivamente corrupto, no quedará comprendido en la figura referida si la concreción de tal estado no se encuentra en los planes del autor. El juez de la instancia anterior entendió que en los presentes autos ello no se acreditó.

De tal modo encuadró la conducta del imputado, de acuerdo a la fecha de comisión de los hechos y conforme el art. 2 del CP, dentro del marco legal previsto por el artículo 127 del CP (texto según ley 11.179) que reprimía «... al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal. Si el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el artículo 122 del Código Penal, se le aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión» (ver fs. 747). Es decir que, el encuadre adecuado de los hechos, conforme al tiempo de su comisión y la ley penal vigente en ese momento era abuso deshonesto agravado por el vínculo.

Ahora bien, conforme la fecha de comisión de los hechos y a los fines de la determinación de la vigencia de la acción penal, resulta irrelevante establecer si el decreto de fs. 35 posee virtualidad interruptiva. Ello, por las siguientes razones.

Si bien por la fecha en que habrían ocurrido los hechos, resulta opinable cuál es la normativa penal aplicable a fin de determinar el primer acto con virtualidad interruptiva, considero que en la presente causa la acción penal se extinguió con anterioridad a la intervención estatal.

En este orden cabe recordar que la ley 25.990 derogó la antigua disposición del art. 67 del CP, en cuanto establecía que «... la prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito por la secuela de juicio». Sabido es que la «secuela de juicio» generó diversas posiciones en doctrina y jurisprudencia y, por tal motivo, la ley 25.990 estableció actos concretos interruptores de la prescripción de la acción penal. A su vez, y ya con posterioridad a la sanción de la ley 25.990, también es discutido si en virtud del art. 2 del CP, el nuevo régimen legal se aplica o no a hechos acontecidos con anterioridad a su vigencia.

Sin perjuicio de ello, sea cual fuera la postura que se asuma en relación al alcance de la alocución «secuela de juicio» y al régimen legal aplicable al caso en análisis, lo cierto es que la acción penal se encuentra extinguida.

En efecto, los hechos tienen como fecha aproximada entre los años 1997 y 1998, cuando Y. I. C. tenía ocho años de edad, siendo su fecha de nacimiento el 15 de mayo de 1989. Es decir, que los hechos se circunscribirían aproximadamente entre el 15 de mayo de 1997 y 15 de mayo de 1998.

De esta forma, considero que la acción se encontraba prescripta al momento del primer llamado al imputado, incluso antes de la denuncia, atento a que el tiempo máximo de duración de la pena en el delito de abuso deshonesto agravado por el vínculo (art. 127 -texto según ley 11.179-) era de 10 años. Así, desde la fecha de los hechos –entre el 15 de mayo de 1997 y el 15 de mayo de 1998- y la fecha del decreto de fs. 35 -23 de septiembre de 2008-, donde consta el primer llamado al acusado, han transcurrido más de 10 años, sin que este plazo se haya visto interrumpido por la concurrencia de ninguna de las causales previstas conforme a la ley vigente al momento de los hechos.

En definitiva, estimo que el recurso promovido por el representante del Ministerio Público Fiscal debe ser rechazado, al encontrarse prescripta la acción penal.

Por todo lo expuesto, y oído el señor Procurador General, estimo que corresponde responder de manera negativa a la primera cuestión planteada, por lo que no debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO.

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

Voto Dres. Palermo y Adaro. Adhieren.

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

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

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

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

SENTENCIA:

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

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

47- PODESTA. 20-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	412
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcPIP.pdf

Lex: Art. 119, 3° y 4° párrafo, inc. d y e del CP. Art. 2 y 412 del CPP.

Vox: VG. Abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma de fuego y la calidad del autor. Violencia de género. Perspectiva de género. Absolución. Policía. Nulidad.

Summa:

El **TPC absolvió** al señalado.

El **querellante** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 del CPP). La querrela afirma que el tribunal a quo realizó una valoración parcial de los elementos probatorios y que omitió elementos nucleares de la prueba. Indica que, la presencia del imputado en la zona de los hechos, el desplazamiento del mismo junto con la denunciante hasta donde se habrían producido los hechos y el abuso y violencia sufridas por la víctima se encuentran acreditados como así también la autoría del acusado. Concluye que en caso de que no se considere probado el abuso sexual, debe condenarse por el delito de privación ilegítima de la libertad.

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

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 8.176, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 30-07-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CSJN:

Leiva, María Cecilia. 01-11-11 <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leiva-maria-cecilia-homicidio-simple-fa11000141-2011-11-01/123456789-141-0001-1ots-eupmocsollaf#>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c-Corte IDH:

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/castrocastro.pdf>

- Caso Fernández Ortega y otro vs. México.30-08-10.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fernandezortega.pdf>
- Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. 31-08-10
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/rosendocantu.pdf>

Parágrafos destacados

“[N]o puede perderse de vista que el testimonio de quien se señala a sí misma como víctima adquiere una particular relevancia en los casos de agresión sexual, toda vez que estos se producen, en un gran número, en escenarios predispuestos especialmente por el autor para no ser observado, lo que determina su dificultad probatoria”.

“La experiencia ha demostrado que los delitos de connotación sexual son, en un gran número, de difícil prueba, puesto que esta clase de hechos se produce en escenarios predispuestos especialmente por el autor para no ser observado. Sabido es también que esta dificultad probatoria se incrementa en todos aquellos casos en los que no han sido empleados medios de violencia física, pues entonces no existirán las secuelas externas en la víctima que facilitarían la acreditación del hecho. En este especial esquema, adquiere relevancia el testimonio de quien se señala, así misma, como víctima de un delito de connotación sexual”.

“Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar, para determinar el valor probatorio de cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. De este modo, se podrán derivar conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse”.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Nanclares.

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-02848771-6((012174-11387101)) F C/ P. I., P. J. P/ ABUSO SEXUAL C/ ACC. CARNAL AGRAV. P/ USO ARMA FGO. Y CALIDAD AUTOR. ART. 119 (3 Y 4° P) INC. D Y E CP (16012) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102871698*

En Mendoza, a los veinte días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02848771-6 caratulada "F. C/ P.J.P.I. P /ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. MARIO D. ADARO y tercero, el DR. JORGE H. NANCLARES. A fs. 928/937 la querrela particular interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 8.176 y sus fundamentos obrantes a fs. 917/918 y fs. 921/926 respectivamente, en tanto que, por su intermedio, absolvió al acusado del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma de fuego y la calidad del autor, que fuere endilgado en el marco de los autos N° P160.12/10 (arts. 119, 3° y 4° párrafo, inc. d) y e) del C.P.; y arts. 2 y 409 del C.P.P.) A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

En fecha 7 de julio de 2014, el tribunal de instancia anterior absolvió por el beneficio de la duda al imputado P.J.P.I del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma de fuego en calidad de autor. La plataforma fáctica imputada, definida en la requisitoria fiscal de fs. 798/807, sostiene que «el día 25 de febrero de 2010, aproximadamente a las 23:30 hs., se encontraba [M.F.P] junto a su hermano, [J.P.], en la esquina de ..., cuando fueron abordados por el policía [P.J.P.I.], vistiendo su uniforme reglamentario, quien les solicitó su documentación identificatoria. El menor [J.P.] presentó su documentación pero [M.F.P] no los llevaba consigo, por lo que el acusado le manifestó a la joven que en averiguación de sus antecedentes ella debía acompañarlo hasta el móvil policial para ir a la Comisaría. Que al llegar al lugar donde supuestamente estaba el móvil, [P.J.P.I.] le indicó a [M.F.P.] que se encontraba, todavía, dos cuadras más abajo -ya en el distrito de ...- y le ordenó que lo siguiera acompañando. Así caminaron dos cuadras, hasta que [P.J.P.I.] extrajo un arma de fuego, le advirtió que no gritara y la obligó a seguir caminando hasta una casa abandonada ubicada en calle Una vez allí, ingresaron a una de las habitaciones de la vivienda y siempre apuntándola con el arma de fuego, le ató las manos con los cordones de sus propios zapatos y finalmente, la obligó a que le practicara sexo oral. Que por último [P.J.P.I.] se fue del lugar y [M.F.P.] logró quitarse las ataduras y saliendo por los techos, logró ingresar a una casa vecina en donde pidió ayuda a sus moradores».

Para llegar a la solución absolutoria el tribunal a quo sostuvo que, si bien el material probatorio incorporado mostraba algunos indicios gravosos, los mismos resultaban insuficientes para tener por acreditada la existencia de los sucesos y la autoría del delito atribuido, máxime cuando la etapa de juicio requiere de una fuerza especial probatoria que resulta incompatible con los medios convictivos colectados

(ver fundamentos, fs. 922) Además, entendió que en el examen del caso convergía una duda razonable sobre las circunstancias modales de los hechos y sobre la participación que tuvo en los mismos el imputado (ver fundamentos, fs. 922 vta.).

II.- El recurso de casación de la querrela

La parte querellante impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs.1 y 2 del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo y vicios in iudicando. a. Vicios in procedendo En un primer orden de ideas, la querrela afirma que el tribunal de juicio realizó una valoración parcial de los elementos probatorios incorporados y que omitió otros elementos nucleares de la prueba. Desde este punto de vista, entiende que diversos aspectos de la acusación sí se encuentran acreditados con la prueba incorporada. Así, indica que la presencia del imputado en el Casino de Mendoza -zona aledaña al lugar dónde la denunciante habría sido interceptada-, no sólo fue reconocida por el propio encartado en el debate, sino que, también, surge del contenido video-gráfico que se detalla en el acta de fs. 152 de autos y del informe policial agregado de fs. 153/157. Además, señala que el testimonio de la testigo P.I. no desvincula al acusado, como lo ha entendido el tribunal. Sostiene que el desplazamiento de la denunciante y el acusado hasta el domicilio ubicado en la calle ... resulta acreditado conforme con los testimonios de A.P. y de C.M., agregados a fs. 20 y fs. 594 respectivamente. Asimismo, detalla que la presencia del imputado y M.F.P. en la vereda de la casa abandonada, donde se habría producido el abuso, está corroborada con los testimonios de los ciudadanos D.O., M.V., A.V., S.V., N.C. y E.V.; obrantes a fs. 34, fs. 35, fs. 36, fs. 39, fs. 39 y fs. 40, respectivamente. Afirma que las circunstancias de abuso y violencia sufridas por M.F.P. se encuentran acreditadas, por un lado, con el informe del Cuerpo Médico Forense -CMF- de fs. 607, que apunta que las lesiones físicas de la víctima pueden haberse causado «en un forcejeo por la presión sostenida con las manos» y que estas fueron provocadas 6 u 8 hs. antes del examen físico. Por otro lado, con el acta de procedimiento de fs. 13, que detalla el secuestro de los cordones de las zapatillas de la víctima en la vivienda de las testigos L.O. y V.O., lugar donde aquélla pidió ayuda. En este sentido, el recurrente sostiene que no es dirimente que los cordones de las zapatillas de la víctima no se hallaran en el preciso lugar que esta señaló puesto que lo importante radica en que sí fueron hallados y que, aunque se encontraban en un lugar cercano, estaban cortados y anudados como lo relató la denunciante. Además, afirma que existían elementos de prueba suficientes para entender que la autoría del acusado estaba probada. En este sentido, nombra el reconocimiento espontáneo por parte de la víctima en la vía pública, el reconocimiento por parte de la testigo D.O. en la audiencia de debate y las declaraciones de los testigos A.P. y C.M. Además, explica que el reconocimiento en rueda de personas de la testigo A.P., si bien no fue un reconocimiento pleno -puesto que la testigo dudó entre el acusado y otra persona de iguales características-, no debe ser descartado como un testimonio indicativo de la autoría. En otro orden de ideas, el recurrente formula agravios relativos al modo en que el tribunal a quo valoró el testimonio de M.F.P. En este aspecto, el recurrente sostiene que la sentencia hace hincapié en aspectos menores y secundarios de la investigación judicial para afirmar que la testigo no fue creíble, y repara en diversos argumentos que considera infundados. Acerca de los errores de la denunciante, relacionados con el nombre de las calles en la que fue interceptada y de las arterias que recorrieron a pie junto con el imputado, el letrado destaca que no son categóricos puesto que lo importante es que P.J.P.I. fue visto por testigos en esas circunstancias. En lo relativo a las contradicciones señaladas en los testimonios de la denunciante, de su hermano y de la señora D.O., referentes al tipo de calzado que usaba el imputado, el querellante señala que no son

relevantes para considerar inconsistente la versión acusatoria, sobre todo cuando todos los testigos coincidieron en el resto de la vestimenta. Asimismo, respecto de las diferencias en la descripción física del imputado, la parte recurrente entiende que no son importantes, puesto que no controvierten suficientemente el reconocimiento espontáneo del acusado en la vía pública y las declaraciones de los testigos A.P. y D.O. Indica que el hecho de que el testigo J.P. no haya ratificado la declaración que diera previamente en la instrucción no puede fundamentar, como sostuvo el a quo, una «orquestación» con la denunciante y que esta haya mentido. En lo referente a lo dicho por la denunciante, respecto de que el acusado usó un arma para amenazarla, el letrado recurrente señala que no resulta relevante que nadie lo haya visto, puesto que es obvio que el imputado no iba a extraer su arma frente al público, ya sea en el recorrido, o en la vereda de la calle Indica que la no constatación de este extremo no puede repercutir en el juicio de veracidad de toda la plataforma fáctica, y afirma que lo dirimente es que todos los testigos señalaron que el policía sí llevaba su arma reglamentaria. El querellante entiende que no puede ser considerado como un aspecto de incredulidad lo sostenido por las hermanas L.O. y V.O. -moradoras del domicilio por el que M.F.P. huyó- en el sentido de que ésta no les dijo que había sido abusada, sino que les pidió ayuda porque querían violarla y matarla. Ello, puesto que la víctima se encontraba en un alto grado de desesperación que no le permitía relatar lo sufrido. Finalmente, señala que el tribunal fue arbitrario al restarle credibilidad a la víctima a partir de lo expresado por el perito de parte, puesto que el tribunal no evaluó el informe de fs. 263, que indica que la víctima se encontraba angustiada, temerosa e impotente, y que no se constataban elementos fabulatorios en su personalidad. b. Vicios in iudicando En este marco la querella sostiene que los vicios en la valoración de la prueba tuvieron incidencia en la subsunción del caso. De esta manera, señala que el tribunal debió condenar por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma de fuego. No obstante, para el caso en que se considere que el abuso sexual no estaba comprobado, el recurrente alega que debió condenarse por el delito de privación ilegítima de la libertad. Según afirma, el hecho de que el imputado, en ocasión de cumplir funciones y sin orden de un superior jerárquico, haya trasladado a M.F.P. por averiguación de antecedentes hasta una vivienda abandonada, la haya obligado a ingresar, la haya atado con sus cordones y la haya mantenido en esa situación bajo amenaza hasta poder escapar, justificaba la solución condenatoria. Solicita la nulidad de la sentencia y el reenvío de la causa a un nuevo tribunal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia del recurso incoado por la querella, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida. Al respecto, señala que el abordaje realizado por el tribunal de juicio es correcto, puesto que valora los antecedentes del proceso y la prueba instrumental gracias a los beneficios del principio de inmediación. Además, destaca que el a quo ha cotejado los testimonios con todo el plexo probatorio obrante en autos. Respecto del trayecto que separa el lugar donde M.F.P. habría sido interceptada y el lugar donde habría ocurrido el hecho, el Procurador comparte la afirmación del tribunal que indica, que la vivencia de los hechos que son reales no permite incurrir en un error como el señalado. Destaca asimismo que el tribunal detalló en sus fundamentos las preguntas que a su juicio quedaron sin respuesta y explicó los motivos por los cuales no pudo arribar a la certeza necesaria. Con ello, finalmente, entiende que los agravios sugeridos por la querella reflejan una simple discrepancia con la valoración de la prueba que no alcanza a demostrar la ausencia de motivación o la violación a las reglas de la sana crítica racional.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Resumidos así los agravios de la parte querellante y los fundamentos que han sustentado la solución del tribunal de mérito, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado y, en consecuencia, debe anularse la sentencia cuestionada. Antes de iniciar el análisis propuesto por el recurrente, a modo de autocritica no puede soslayarse el tiempo que ha transcurrido desde la producción de los hechos denunciados hasta el dictado de esta sentencia. Dicho ello, también debe aclararse que, si bien parte de la presentación recursiva ha sido planteada en torno a la causal prevista en el art. 474 inc. 1 del CPP, esto es, por considerar que existen vicios in iudicando, lo cierto es que la totalidad de los vicios señalados se condicen con vicios in procedendo. En efecto, todo el recurso plantea la arbitrariedad de la sentencia como producto de una errónea valoración probatoria, razón por la que, en lo que sigue, analizaré la validez de la sentencia como acto procesal y explicaré porqué considero que la impugnación debe prosperar. Teniendo como eje el testimonio de M.F.P., la plataforma fáctica acusada ha sido elaborada de tal modo que pueden distinguirse, a los fines de su análisis, tres momentos. En este sentido, la acusación señala que, 1) P.J.P.I interceptó a M.F.P. en las cercanías del Casino de Mendoza para pedirle su documentación, 2) con la excusa de solicitar sus antecedentes policiales la trasladó hasta una casa abandonada ubicada en el N° ... de calle ... -departamento de ...- y en ese camino la amenazó con un arma, y 3) en el interior de dicho lugar el acusado maniató a M.F.P. y abusó sexualmente de ella. Luego, tras irse del lugar el acusado, M.F.P. pudo desatarse y escapar por un vivienda vecina. Por su lado, la sentencia indica que el tribunal de juicio ha dudado sobre la intervención de P.J.P.I. en el hecho y sobre las circunstancias modales del mismo y que, para ello, se ha valido de dos argumentos fundamentales. En primer lugar, entendió que existe prueba que certifica la versión defensiva del acusado y lo desvincula de la imputación, en la medida en que lo coloca en otro lugar distinto del escenario de los hechos. En segundo lugar, consideró que la declaración de M.F.P. no era creíble, ya que encontró en ella discrepancias sustanciales frente a otros elementos de prueba. En este camino, según entiendo, el tribunal de mérito ha obrado de forma arbitraria. En concreto, considero que el a quo no ha tenido razones adecuadas para darle mérito a la hipótesis alternativa presentada por la defensa (a), ni para restarle valor al testimonio de M.F.P., del modo en que lo hizo (b). Veamos. a) Acerca del mérito de la hipótesis alternativa La solución absolutoria se basa, en parte, en el grado de plausibilidad que se ha otorgado a la hipótesis alternativa presentada por la defensa. Precisamente, el a quo aseveró que existía una duda razonable respecto de la participación del imputado «atento su terminante negativa de tener vinculación con el hecho ... y las explicaciones de los lugares en donde se encontró a la hora de aquellos, avaladas por la instrumental de fs. 153 y 159/61 y los dichos de la testigo [P.I.] que lo ubica en un lugar distinto -Seccional Séptima- a casi la misma hora en que se desarrollan los hechos» (ver fundamentos, fs. 922 vta.). Aunque los extremos de la versión exculpatoria del acusado no surgen de los fundamentos ni de lo asentado en las actas del debate, lo cual resulta reprochable, el extracto citado confirma que la hipótesis defensiva consistió en sostener que el acusado se encontraba en un lugar distinto en el horario en que habría sucedido el hecho investigado, concretamente, en la Seccional Séptima de la Policía de Mendoza. Dicho con otros términos, que el acusado no fue el sujeto que intervino en cada uno de los momentos de la acusación identificados párrafos arriba. Entiendo que la afirmación del a quo no es adecuada, puesto que no se condice con los elementos probatorios a los que alude. En efecto, las actuaciones indican que la prueba citada como respaldo de la versión defensiva y la demás prueba instrumental incorporada desmienten diametralmente

los extremos de dicha versión. A fs. 153 se halla agregado un informe con fecha del 19 de marzo de 2010, firmado por el entonces Subcomisario P.P. D. G., que indica que el oficial P.J.P.I. prestaba servicios en «turno de guardia» desde las 8:00 hs. del día 25 de febrero hasta las 8:00 hs. del día siguiente. No obstante, debido a la orden recibida por la Jefatura Departamental, fue destinado como efectivo de guardia en un evento desarrollado en el Casino de Mendoza. Esto se condice con lo asentado en el libro de novedades de dicha dependencia, correspondiente al día 25 de febrero de 2010 (ver fs. 159/161), en tanto allí se consignó que a las 22:05 hs. una movilidad llevó a P.J.P.I. al «servicio en el casino» (ver fs. 161). Aunque lo consignado en dicha constancia no permite conocer lo sucedido después de las 23:40 hs. -última novedad legible-, el sumario administrativo proveniente de la Inspección General de Seguridad, obrante a fs. 195/230, sí permite tener un panorama más acabado de lo sucedido en la Comisaría Séptima aquél día. Así, de la completa lectura de lo detallado a fs. 214 vta./215, se desprende que, luego de ser trasladado al Casino de Mendoza en cumplimiento de la tarea asignada, el oficial P.J.P.I. hizo su reingreso a la dependencia a las 2:20 hs del día 26 de febrero. Esta circunstancia se encuentra corroborada, asimismo, por los testimonios de los oficiales M.C.G.M. y J.L.B.S., también obrantes en dicho sumario administrativo (ver fs. 228 y fs. 229/230). De ambas declaraciones surge que, entre las 22:00 y 22:30hs. de la noche del día 25 de febrero, el oficial P.J.P.I. fue trasladado al casino, y que volvió solo y alrededor de las 2:00 hs. del día siguiente. Esta prueba instrumental fue incorporada al debate y no fue valorada por el tribunal de juicio, lo cual resulta censurable, puesto que desmiente categóricamente la hipótesis que sostiene que el imputado se encontraba en su lugar de trabajo. Por lo demás, el testimonio de la oficial P.I. tampoco puede solventar la versión defensiva ya que, conforme surge asentado a fs. 913, la testigo reconoció su intervención en la Comisaría Séptima a partir del cambio de guardia con el «agente S.», lo que no ocurrió sino a partir de las 23:30 hs., mucho tiempo después de que P.J.P.I. fuese trasladado al Casino de Mendoza (ver fs. 161 y fs. 214 vta.). De lo dicho hasta aquí se desprende que, al explicar porqué dudó de la intervención del acusado en los momentos 1, 2 y 3 de la plataforma fáctica, el a quo valoró la «terminante negativa» del acusado y citó como respaldo una serie de elementos de prueba que, sin embargo, no refuerzan lo alegado por éste, sino que lo desmienten. Asimismo, no valoró prueba incorporada que indica que el imputado no se encontraba en la comisaría en el momento en que habría ocurrido el hecho denunciado, por el contrario, sitúa a P.J.P.I. en las proximidades del Casino de Mendoza y confirma que no volvió a la comisaría sino entrada la madrugada del día siguiente -alrededor de las 2:00 hs. del día 26 de febrero de 2010-. Puede sostenerse entonces que la motivación del tribunal de juicio en la primera parte de sus fundamentos es indebida, puesto que ha considerado que la hipótesis alternativa presentada por el acusado tenía respaldo probatorio, pero esta, sin embargo, no halló apoyo alguno en la prueba incorporada al debate. Al contrario, el caudal probatorio incorporado la desmiente. Dicho de otro modo, el tribunal ha encontrado mérito en una hipótesis alternativa irracional b) Acerca de la arbitrariedad en la valoración del testimonio de M.F.P. En este contexto el tribunal de juicio destacó que existían ciertas «fragilidades», tanto internas como externas, en las declaraciones de M.F.P. y que, por ello, no podían hallarse respuestas asertivas a las dudas generadas respecto del lugar preciso dónde ésta habría sido interceptada (momento 1) y del trayecto que habría seguido junto al agresor (momento 2). Asimismo, respecto de la vestimenta del agresor y sus características físicas, y respecto de si la denunciante fue amenazada a punta de arma, de si aquella noche fue realmente abusada o si la querían abusar o matar (momento 3) (ver fundamentos, fs. 926). Entiendo que su análisis no sido adecuado. Antes de resaltar detalladamente los puntos que, en este aspecto, entiendo criticables en la sentencia, debe recordarse que nos encontramos frente a un hecho que ha sido controvertido como un supuesto caso de

abuso sexual cometido contra una mujer, lo que demanda considerar los elementos de prueba incorporados desde una perspectiva de género. En concreto, no puede perderse de vista que el testimonio de quien se señala a sí misma como víctima adquiere una particular relevancia en los casos de agresión sexual, toda vez que estos se producen, en un gran número, en escenarios predispuestos especialmente por el autor para no ser observado, lo que determina su dificultad probatoria. Además, no puede soslayarse que, al encontrarnos frente a un caso de agresión -sexual- contra una mujer, resulta una premisa ineludible garantizar el derecho a la acreditación de los hechos denunciados con «amplitud probatoria», esto es, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, pero sin menoscabar los límites del principio de la sana crítica y considerando las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes (ver art. 16. inc. i, y art. 31 de la ley 26.485, reglamentaria de la «Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer», de la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» o «Convención de Belém do Pará», y de la «Convención sobre los Derechos de los Niños» y la Ley N° 26.061 de «Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes»). Aclarado ello, analizaré si la sentencia contiene una adecuada valoración del testimonio de la denunciante.

b.1) Sobre la credibilidad interna del testimonio En un primer orden de ideas, el tribunal destacó inconsistencias internas del relato de M.F.P. Consideró relevante que la testigo haya dado «datos contradictorios para identificar al autor del presunto abuso» y advirtió que existía una «ostensible divergencia» en sus declaraciones, respecto de la ubicación que señaló como el lugar donde el agresor la interceptó y respecto del detalle de las calles que habrían seguido a pie. Para ello valoró el acta de procedimiento de fs. 13/14 y los dichos de M.F.P. en ocasión de denunciar y de declarar en el debate (ver fundamentos, fs. 923 vta.). El análisis del a quo en este pasaje no es adecuado, toda vez que los aspectos que califica como «contradictorios» o «divergencias» no tienen la entidad que les asigna. En efecto, el tribunal destacó, por un lado, que M.F.P. dijo ante los funcionarios policiales que la hallaron en la calle -momentos después de huir del lugar de los hecho-, que había sido abordada por un hombre que manifestó ser policía y vestía prendas de civil, y resaltó que M.F.P. se corrigió inmediatamente y sostuvo ante los mismos funcionarios, que en realidad el sujeto era policía y se encontraba uniformado. Por otro lado, el tribunal señaló que M.F.P. dijo, a los mismos oficiales, que fue interceptada en calle «S.. entre M... y P...» -lejos de las inmediaciones del Casino de Mendoza-, y que el detalle que dio en su denuncia, respecto de las calles que habría caminado junto al agresor, era diferente del brindado en el debate. Ahora bien, respecto de las contradicciones constatadas en el momento inicial de las actuaciones -relativas a la descripción del agresor y del lugar donde M.F.P. dijo ser interceptada-, no puede soslayarse que el mismo personal actuante que encontró a M.F.P. dejó constancia del estado de shock y alteración que presentaba. Dicho estado emocional fue mencionado asimismo por las testigos L.O. y V.O. -moradoras del inmueble al que ingresó M.F.P. en su huida- y fue constatado en el primer examen psíquico del CMF (ver acta de fs. 13/14, actas de fs. 1 y 2, fundamentos a fs. 923 e informe de fs. 263). No obstante, esta particularidad fue obviada por el tribunal a quo a fin de dilucidar el verdadero peso de aquellas contradicciones, es decir, a fin de determinar si las primeras imprecisiones de M.F.P., pudieron, o no, deberse al particular momento que atravesaba. En este sentido, además, también debe destacarse que el tribunal no dio ningún motivo razonable para explicar porqué la denunciante ingresó súbitamente al patio de la vivienda de las testigos L.O. y V.O., rompió un vidrio produciéndose lesiones a sí misma (ver informe de fs. 262) y exigió de manera desesperada a las moradoras que llamaran a la policía para que la ayudaran, logrando escapar descalza hacia la vía pública.

Este cuadro sugiere, según estimo, un claro estado de nerviosismo que debió analizarse a fin de esclarecer si la denunciante no estaba, en realidad, presa de emociones que repercutieron en la forma en que se expresó ante los funcionarios policiales que la hallaron. Finalmente en este marco, el tribunal de juicio destacó que, en su denuncia, M.F.P describió las calles por las que habría caminado con el acusado de un modo distinto a la explicación que dio en el debate. El recorrido detallado en esta última instancia fue, según su criterio, más certero por corresponderse con el testimonio de A.P. (ver fundamentos, fs. 924). En este punto, también se advierte un razonamiento desajustado. Por un lado entiendo que, las diferencias destacadas, en el detalle de las calles por las que la denunciante caminó para llegar al inmueble donde dijo ser abusada, no tienen la entidad que el tribunal de juicio les otorga, toda vez que la testigo siempre refirió, desde su denuncia y a través de sus declaraciones posteriores, ser detenida en las inmediaciones del Casino de Mendoza y ser abusada en el inmueble de la calle S.... La coincidencia en el detalle del itinerario seguido entre esos dos puntos no puede ser, según estimo, un requisito ineludible para determinar la credibilidad de un testimonio cuya fuerza probatoria radica, esencialmente, en la capacidad de acreditar el hecho de abuso sexual, es decir, el momento 3 de la plataforma, y no en la capacidad de recordar un camino y el nombre de las calles. No obstante ello, no puede soslayarse que el a quo omitió el testimonio que M.F.P. dio el día 16 de marzo de 2010 -a menos de un mes de su denuncia- en el marco del sumario administrativo N° 224/I/2010 de la Inspección General de Seguridad -cuerpo formado para determinar la responsabilidad del acusado según el régimen disciplinario de la policía (ver fs. 195/231 y acta de fs. 915/916). En dicha ocasión, M.F.P. dio la misma versión que sostendría cuatro años después en la audiencia de debate, es decir, aquella que sostiene que ella y el agresor cruzaron calle B.. y caminaron por calle S.. J.. hacia el «norte» de la ciudad de Mendoza, para luego ir en dirección «este» hacia Dorrego. Dicho de otro modo, la consistencia a lo largo del tiempo en el detalle de las calles, que no fue hallada por el tribunal en los dichos de M.F.P. al denunciar, sí estaba presente en un testimonio coetáneo. De lo dicho hasta aquí surge que, a fin de evaluar la credibilidad interna del relato de la denunciante, respecto de la descripción de su agresor, del lugar donde fue interceptada y de las calles transitadas, el tribunal encontró contradicciones relevantes en las primeras precisiones que M.F.P. dio al ser hallada en la vía pública y al denunciar. Sin embargo, para encontrar el verdadero sentido de dichas contradicción, no valoró que M.F.P. se encontraba en un constatado estado de vulnerabilidad y nerviosismo y, asimismo, omitió una de sus primeras declaraciones, casualmente, aquella que dio 4 años antes del juicio y que coincide con lo que dijo en la audiencia de debate y con los testimonios de A.P. y A.M. (ver declaraciones de fs. 20, 574 y 594).

b.2) Sobre la credibilidad externa del testimonio El análisis del testimonio de la denunciante desde su perspectiva externa, es decir, aquél que busca la corroboración del testimonio mediante un contraste entre las manifestaciones del testigo y los demás elementos de prueba incorporados al debate, demuestra que el tribunal de juicio omitió elementos que fortalecían la hipótesis acusatoria. Efectivamente, en torno a la duda sobre si el acusado fue el policía que efectivamente estuvo en las cercanías del Casino de Mendoza y trasladó a M.F.P. siguiendo un trayecto a pie por la calle S... J... de la Ciudad de Mendoza (momentos 1 y 2 de la acusación), el tribunal a quo no sólo omitió la prueba que ya fue analizada en el punto (a) de la solución, sino también la prueba de reconocimiento en rueda de personas de fs. 573/574. Estas últimas constancias indican que la testigo A.P., un año después de haber declarado en el inicio de la causa, no sólo reconoció al acusado, sino que también ratificó lo que ya había relatado en aquélla oportunidad, al señalar la ubicación precisa en la que se cruzó con el acusado y la denunciante: según dijo, en la calle S... J... de Ciudad, entre las calles J. B. y M. (ver declaraciones de fs. 20 y fs. 574). Por su lado, la duda respecto de si el acusado y la denunciante llegaron

hasta la casa abandonada de la calle S. (momento 2 de la acusación), es otro aspecto respecto del cual el tribunal obró de manera indebida. En efecto, si bien el tribunal de mérito sostuvo que, como indicio de cargo, se contaba con la «solitaria declaración testimonial de [D.O.] en cuanto la presencia del imputado en el teatro de los hechos», también es cierto que le dio un escaso valor convictivo (ver fundamentos, fs. 922). Ello es inadecuado por lo siguiente. En primer lugar, puesto que D.O. no sólo dio su testimonio, sino que reconoció al acusado en la audiencia de debate, a pedido de la defensa y con el acuerdo de todas las partes, razón por la que su intervención en el juicio no pudo disminuirse a una «solitaria declaración testimonial», sino que debió calificarse y valorarse como un caso de reconocimiento impropio (ver acta de fs. 915). En segundo lugar, no puede soslayarse que la testigo D.O. intervino durante la instrucción de la causa en un reconocimiento en rueda de personas que fue dejado sin efecto, puesto que había visto al acusado antes de confeccionarse la rueda, precisamente, el día que éste fue detenido (ver acta de fs. 190). No obstante, el interrogatorio y la declaración previa de D.O. sí fueron incorporados al debate como prueba instrumental, aunque no fueron valorados en la sentencia (ver acta de fs. 915). La valoración de este elemento resultaba importante en términos probatorios porque, en dicha ocasión, la testigo ratificó que el sujeto que vio ingresar al centro de detenciones era la misma persona que había observado, casi un mes antes, en la vereda de la casa de calle S.. Si bien puede parecer sobreabundante dicha ratificación, no debe perderse de vista que desde el día del hecho (25 de febrero de 2010), pasando por la entrevista previa a la rueda de reconocimiento (23 de marzo de 2010), hasta la declaración y reconocimiento impropio en audiencia de debate (7 de julio de 2014), pasaron más de cuatro años, razón por la que dicho reconocimiento protagonizado por D.O. no debió valorarse como una «solitaria declaración testimonial». Por el contrario, entiendo que se trató de un señalamiento sólido por su persistencia en el tiempo. Con lo anterior, debe decirse que las diferencias advertidas en los testimonios brindados en la causa, respecto de la descripción física y la vestimenta del acusado, no pueden ser consideradas sustanciales. En efecto, la falta de coincidencia absoluta en los testigos respecto del tipo de calzado que llevaba el policía que vieron, de su altura o tipo de tez, del tipo de cabello o de si llevaba o no un chaleco antibalas, no puede contrarrestar la solidez del reconocimiento en rueda de personas de A.P. y el reconocimiento espontáneo en el debate de D.O. Las dudas del tribunal respecto de la utilización de un arma a modo intimidante, atento a la falta de testimonios que corroboren dicho aspecto de la acusación, es otra circunstancia que ha sido valorada para sostener que el testimonio de la denunciante no resultó creíble. Este es, quizás, un punto controvertido de la plataforma fáctica puesto que, como sostuvo el tribunal, resulta poco verosímil que nadie haya advertido el uso de un arma, sobre todo cuando un grupo de personas vio a M.F.P. y al acusado en el frente de la casa abandonada y no observaron, en dicha ocasión, una situación similar (ver testimonios incorporados de fs. 32, 35, 39, 39 y 40). No obstante, este es un aspecto de su declaración que debió ser valorado en contraposición con el resto de las corroboraciones periféricas que, como se ha demostrado, fueron obviadas por el tribunal, y, a partir de ello, debió determinarse su real capacidad para debilitar la credibilidad del testimonio y de los demás elementos de cargo incorporados. Otro aspecto del relato de M.F.P. valorado por el a quo ha sido el relativo al uso de sus cordones para ser maniatada (momento 3). En este sentido, destacó que, según la prueba incorporada, los cordones no fueron hallados en el lugar indicado por M.F.P. y las escoriaciones en sus muñecas no eran compatibles con ataduras de cordón o elemento similar (ver fundamentos, fs. 924 vta.). Entiendo que en este punto el tribunal también ha razonado de modo inadecuado. Por un lado, puesto que no ha dado una explicación adecuada respecto del hallazgo de los cordones. Precisamente, sólo se limitó a sostener que, al no encontrarse estos en el preciso lugar señalado por M.F.P. -al lado de una churrasquera en la casa abandonada-, la credibilidad del

relato mermaba, pero no ha explicado por qué ello resultaba más determinante que el concreto hallazgo de los cordones en el lugar en el que sí fueron encontrados, esto es, en la vivienda vecina a la que M.F.P. ingresó en un estado de shock (ver informe pericial incorporado de fs. 309/310). Dicho con otras palabras, a pesar de que los actuantes policiales constataron que los cordones sí existían, que se encontraron anudados como lo detalló la denunciante y que estaban en el camino que ésta relató, el sentenciante no explicó por qué es este un aspecto insustancial o poco relevante. Por otro lado, respecto de las lesiones constatadas, no puede soslayarse que M.F.P. intervino en el proceso para dar precisiones, no sólo al formular su denuncia y al declarar como testigo en el juicio oral, sino también en el marco del expediente administrativo N° 224/I/2010 de la Inspección General de Seguridad (ver fs. 195/231). Su importancia radica, según entiendo, en que lo dicho en esa ocasión por la denunciante sí guarda correspondencia con lo explicado por el perito del CMF. Efectivamente, si bien el profesional a cargo del informe dijo que las escoriaciones en las muñecas de la denunciante no eran compatibles con ataduras de cordón o un elemento similar, también dijo que sí eran compatibles con una acción «tangencial de un elemento con filo o punta, por ejemplo, las uñas o roce con alguna superficie irregular» (ver fs. 607). Este pasaje, que no fue tenido en cuenta por el tribunal, se condice con la explicación que M.F.P. dio ante los actuantes de aquel sumario administrativo y que tampoco fue valorada por el tribunal. Ello, en tanto que M.F.P. sostuvo allí que intentó desatar los cordones con los dientes y que, como no pudo, los deshilachó, también con sus dientes hasta lograr cortar los de una mano (ver declaración de fs. 200/204). Esto es, según estimo, compatible con la acción o «roce con alguna superficie irregular». Otro punto valorado por el a quo para restarle credibilidad al relato de la denunciante radica en los testimonios de las hermanas L.O. y V.O. - moradoras de la vivienda por la que M.F.P. huyó-. El a quo se detuvo en el relato de las testigos cuando mencionaron que M.F.P. les comentó que «necesitaba ayuda, que habían dos o tres hombres que la querían violar y matar y tenían armas», y que «no dijo que la habían abusado». Asimismo, destacó que una de las hermanas «no notó abuso» puesto que «no tenía la ropa desgarrada, no estaba lastimada y no demostraba haber sufrido algo» (ver fundamentos, fs. 923). Según mi criterio, es inadecuado sostener que existe una inconsistencia entre los testimonios de aquellas testigos y los dichos de M.F.P. En primer lugar, porque la denunciante nunca dijo que fue forzada o violentada físicamente al ser abusada, de modo que el hecho de que las testigos no hayan percatado ropa desgarrada o de heridas en M.F.P. no puede ser una causal de incredulidad. En segundo lugar, porque las imprecisiones de M.F.P. respecto de la cantidad de personas intervinientes y de sí había sido abusada, no fueron valoradas teniendo en miras el estado de desesperación y conmoción que tenía la denunciante. Que M.F.P. no haya referido en dicho momento que fue abusada por una persona y que haya dicho, en su lugar, que había varias personas armadas que querían matarla y violarla, debió merecer, necesariamente, algún tipo de explicación apegado al tipo de reacción emocional que vivenció la denunciante. En este punto además no puede soslayarse que M.F.P., de acuerdo con su denuncia y posteriores declaraciones, dijo que el policía la había amenazado con matarla «él o los otros policías que andaban con él», circunstancia que sugiere que M.F.P. relató ante las hermanas L.O. y V.O. lo mismo que le habría dicho su agresor, siendo esto una coincidencia que el tribunal obvió en sus consideraciones. Finalmente, también ha sido arbitraria la valoración del tribunal respecto de la pericia psíquica practicada a la denunciante. El tribunal sostuvo que los resultados del examen practicado el día 8 de abril de 2014 tenían un peso desincriminatorio, en tanto que allí se asevera que el relato de M.F.P. no tenía sustento, se debilitaba a medida que avanzaba, denotando ambivalencia y contradicciones con finalidad ganancial, que la examinada podía distorsionar y manipular información y la realidad, buscando ubicarse en lugar de víctima, y que mentía, negaba y manipulaba información con

fin ganancial (ver informe de fs. 341 y fundamentos, fs. 925). Según entiendo, la valoración en este aspecto es inadecuada puesto que no contrapone el contenido de dicho informe con el contenido de los demás informes incorporados. En efecto, el tribunal no dio ningún motivo para explicar por qué no tenía peso alguno el examen que se le practicó a M.F.P. un día después de denunciar el hecho -el día 26 de abril de 2010-, el cual no puso en duda su credibilidad (ver informe incorporado de fs. 263). Tampoco reparó el a quo en la siguiente contradicción. Por un lado, que a fs. 268 obra agregada una constancia de comunicación entre la Fiscalía y el CMF, en la que se hizo saber que M.F.P. fue entrevistada por la Dra. Claudia Gómez el día 23 de abril de 2010, y que ésta informó, entre otras cosas, que la entrevistada tenía indicadores psíquicos de haber vivido un episodio traumático de contenido sexual. Por otro lado, el informe de fs. 341, firmado por misma la misma Dra. Gómez, entre otros profesionales, asienta las conclusiones del examen realizado el día 8 de abril del 2010, siendo estas conclusiones las que valoró el tribunal para restarle credibilidad al relato de M.F.P. Un ordenamiento cronológico de lo anterior demuestra que, mientras que en un primer momento el examen psicológico de la denunciante no le asignó aspectos negativos a su relato -examen del 26 de febrero de 2010-, y luego, en un segundo tramo, las tareas practicadas sí llegaron a conclusiones negativas respecto de la credibilidad de la denunciante -examen del 8 de abril de 2010-, finalmente, el CMF informó, a través de una de las profesionales signatarias del informe anterior, que la última entrevista demostraba indicadores de credibilidad -examen del 23 de abril de 2010-. Ante este viraje respecto del perfil psicológico de la denunciante, el tribunal valoró sólo uno de los elementos incorporados, éste es, el informe que controvertía la credibilidad de M.F.P., pero no explicó por qué ese informe tenía mayor peso convictivo que los elementos que lo contradecían. Por último, también debe decirse que el informe de fs. 341 y las explicaciones dadas por los peritos firmantes (ver declaraciones incorporadas de fs. 354/356), sostienen la existencia de un fin ganancial de la víctima pero, sin embargo, el tribunal no ha dado ni una sola pauta capaz de graficar el objetivo o el interés de M.F.P. en sostener una acusación por abuso sexual a lo largo de los años, siendo este un aspecto relevante para la corroboración del testimonio. Con todo ello, según entiendo, el informe de fs. 341 no debió tener un peso de descargo capaz de controvertir la credibilidad de la denunciante. A modo de conclusión, entonces, debe decirse que la valoración del tribunal a quo ha sido arbitraria y, por ello, debe ser anulada. No sólo ha considerado probada la hipótesis del acusado y su defensa a partir de consideraciones que no encuentran sustento alguno en el acervo probatorio, sino que, se ven desvirtuados por éste (a), sino que, también, el análisis del testimonio del principal testigo de los hechos no ha sido adecuada. La corroboración de un probable móvil ganancial, así como el estudio de las corroboraciones periféricas de carácter objetivo y el abordaje de la persistencia en la incriminación, han sido pasos emprendidos por el tribunal de mérito obviando material probatorio incorporado (b). Todo lo dicho fundamenta la solución que propongo para la primera cuestión planteada en este caso: acoger el recurso casatorio de la parte querellante y declarar la nulidad de la sentencia y sus fundamentos. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que debe acogerse el recurso de casación presentado por el querellante particular y, en consecuencia, anularse la sentencia criticada. En especial, adhiero a las consideraciones realizadas en torno a la inadecuada valoración de los elementos de prueba realizada por el tribunal de mérito. Con ello, entiendo adecuado adherir algunas consideraciones relativas a la valoración de la prueba en casos de violencia sexual contra las mujeres y al peso que, en este marco, tiene el principio in dubio

pro reo. Según estimo, este caso no puede dejar de contemplarse según lo normado en los arts. 4 y 5 de la ley n ° 26.485 de «Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres», en tanto que el hecho controvertido constituye un ejemplo de violencia sexual basada en una situación desigual de poder y perpetrada por un agente del Estado. La experiencia ha demostrado que los delitos de connotación sexual son, en un gran número, de difícil prueba, puesto que esta clase de hechos se produce en escenarios predispuestos especialmente por el autor para no ser observado. Sabido es también que esta dificultad probatoria se incrementa en todos aquellos casos en los que no han sido empleados medios de violencia física, pues entonces no existirán las secuelas externas en la víctima que facilitarían la acreditación del hecho. En este especial esquema, adquiere relevancia el testimonio de quien se señala, así misma, como víctima de un delito de connotación sexual. La importancia de esta temática se acrecienta cuando, en casos como éste, la persona que se sindicó como víctima es una mujer. Esto, puesto que en casos de violencia contra la mujer, se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado argentino para resolver dichos casos respetando el principio de amplitud probatoria. En efecto, así lo prevé expresamente la ley 26.485, reglamentaria de la «Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer», de la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» o «Convención de Belém do Pará», y de la «Convención sobre los Derechos de los Niños» y la ley 26.061 de «Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes». El art. 16. inc. i) de la ley 26.485 sostiene que, en los procesos en los que se ventilan supuestos hechos de violencia contra la mujer, ha de garantizarse el derecho a la «amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos». Además, la mencionada legislación dispone que «regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica», y que «se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes» (art. 31). En virtud de estas precisiones previas, estimo que los agravios del querellante particular deben ser recibidos en esta instancia, desde que el tribunal de sentencia omitió considerar el caso conforme con los parámetros legales en juego. En concreto, debe decirse que el tribunal de sentencia ha basado su solución en una incorrecta aplicación del principio contenido en el art. 2 de del CPP, en tanto que no ha advertido que los alcances del in dubio pro reo adquieren, en casos como el presente, particulares ribetes que repercuten en la valoración de los elementos de prueba. En este sentido, debo mencionar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos donde la mujer es víctima en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar, para determinar el valor probatorio de cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. De este modo, se podrán derivar conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. En dicho precedente destacué también que el referido principio presenta, en tanto regla decisoria en el plano procesal, dos caras que operan de manera articulada. Una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio o absolutorio. Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia

de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver al respecto Corte IDH, «Caso del Penal Castro Castro vs. Perú», sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas; «Caso Rosendo Cantú vs. México», sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; «Caso Fernández Ortega y otro vs. México», sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; y CSJN. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno recordar mi postura en el **precedente «Galdeano Reyes»**, en tanto sostuve que la cuestión en análisis constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios -particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal- debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género». Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Expresé en el precedente señalado que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)». Sentado cuanto precede, advierto que el a quo no valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática. Ello, por cuanto omitió prueba que vinculaba firmemente al acusado con la plataforma fáctica acusada y valoró el testimonio de la víctima sin la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que un acto de violencia sexual tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias destacadas por el tribunal de juicio. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Nanclares. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JORGE H. NANCLARES adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado en la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de fs. 917 y sus fundamentos (921/927) y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el nuevo tribunal que entenderá en un nuevo debate oral. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede.

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

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación presentado por el querellante particular a fs. 928/937 y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, obrantes a fs. 917 y fs. 921/926 respectivamente.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine los magistrados que intervendrán en un nuevo debate (art. 486 C.P.P.).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JORGE H. NANCLARES Ministro

48- DE LAS HERAS. 18-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FyQcDLH.pdf

Lex: Art. 119, 1° o 2° párrafo del CP

Vox: NNA. A.S.I. Abuso sexual simple. Gravemente ultrajante. Delito continuado. Vicios in iudicando. Calificación legal. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de tres años de prisión, accesorias legales y costas como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado (art. 119 primer párrafo del Código Penal).

La **defensa** del condenado interpone recurso de casación a tenor del Art. 474 Inc. 1 del CPPM en el entendimiento de que se ha incurrido en vicios in iudicando.

El **Procurador General** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), en tanto entiende que se ha incurrido en vicios in iudicando.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la Sentencia N° 78 y sus fundamentos dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 78, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

De la Rúa, Fernando, "La casación penal", Edic. 1.994, págs. 106/108

Morello, Augusto M., «Motivación adecuada de la sentencia. Matices», E.D. 224-650

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

(N.M.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04400220-9/1((018601-120321)) F. Y QUER. P/ D L H U. C. A. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA CALIDAD DE GUARDA DEL SUJETO ACTIVO EN UN NUMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONC. REAL (120321/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104479722*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04400220-9/1 caratulada "F. C/D. L. H. U., C. A. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA CALIDAD DE GUARDA DEL SUJETO ACTIVO EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE HECHOS EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO. A fs. 357/360 vta., el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 78 de fecha 6 de julio de 2.018 (fs. 307/308) y sus fundamentos (fs. 311/340) en cuanto resolvió condenara C. A. D. L. H. U. a la pena de tres años de prisión, demás accesorias legales y pago de costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado, que se le atribuye en el marco de los autos N° P-120.321/15 (art. 119 primer párrafo del Código Penal); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

Por otro lado, la Dra. Laura Rousselle, en su calidad de Fiscal ante los Tribunales Penales Colegiados –Fiscal Jefa de la Unidad Fiscal de Delitos No Especializados y Fiscalías Penales de Menores– también interpone recurso de casación contra la sentencia anteriormente individualizada (fs. 371/377). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

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

1.- La resolución recurrida

Como se adelantó, el tribunal de mérito resolvió condenar al encausado C. A. D. L. H. U como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado que le fuera oportunamente endilgado. Para así resolver, expresó que la totalidad de las pruebas incorporadas a la causa le permitieron tener por acreditado que los hechos ocurrieron tal como fueron referidos en la acusación fiscal, esto es, que «... entre el mes de marzo y noviembre del año 2015, el señor C. A. D. L. H. U en su vivienda sita en el Barrio ..., en una de las habitaciones, en el patio, en el quincho, en diversos lugares de la casa, como así también en el interior de su auto, es que realizó tocamientos de contenido sexual en un número indeterminado de oportunidades, en los pechos, en la cola y en la vagina de G. P.N. de diez años de edad a esa fecha.

Asimismo ha quedado acreditado que encontrándose en el baño contiguo en la habitación del domicilio antes mencionado, de la habitación del señor D. L. H. U, este la besó con los labios en la vagina a la menor G. P.N. por debajo de la ropa interior; y en otra oportunidad, luego de una fiesta en la casa del señor D. L. H. U, en el vehículo de éste, volviendo del departamento de San Martín hacia la Ciudad de Mendoza, detuvo el vehículo en una calle de tierra, le pidió que se quitara una de las piernas del pantalón, extrajo su pene del pantalón y luego le hizo subirse a G. P.N. con la bombacha puesta sobre el pene del señor D.

L. H. U , quien se encontraba recostado en el asiento del conductor del vehículo, el cual estaba reclinado, para finalmente eyacular» (ver fundamentos, fs. 328 y vta.).

Para llegar a esta conclusión, el tribunal de sentencia valoró especialmente la declaración testimonial efectuada por la víctima en Cámara Gesell durante la etapa de investigación penal preparatoria, conjuntamente con la valoración de ella efectuada por el Dr. Habiján (fs. 32/33 vta.). Asimismo, aquella brindada ya en oportunidad de desarrollarse el debate oral, previo dictamen de profesionales sobre su viabilidad, junto con la ponderación técnica de sus dichos desarrollada por la Lic. Cucchi Arsac y el perito de control Lic. Fernández (fs. 281).

Estas declaraciones fueron valoradas con un altísimo grado de credibilidad por parte del a quo quien, a su vez, los consideró respaldados objetiva y subjetivamente con los restantes elementos de prueba incorporados a la causa, entre los que se destacan ellos: el acta de denuncia de fs. 01/03, el informe de la evaluación psicológica/psiquiátrica infanto juvenil practicado por integrantes del EPAASI de fs. 6/7, las declaraciones testimoniales de los progenitores de la víctima, como también de los testigos C. F., S. M., y de la Lic. F., psicóloga particular de la menor.

Por su parte, uno de sus integrantes del tribunal de mérito, conformando el voto de la minoría, consideró que el acusado debía ser condenado por el delito atribuido a la pena de dos años y ocho meses de prisión con los beneficios de su ejecución condicional (art. 26 del Código Penal).

2.- El recurso de casación de la defensa del acusado

A fs. 357/360 vta. se presenta el defensor técnico del imputado quien cuestiona la sentencia arriba individualizada en razón de las previsiones contenidas en el art. 474 inc. 1° del Código Procesal Penal, esto es, por considerar que el pronunciamiento impugnado adolece de vicios in iudicando.

Aduce el recurrente que el voto que conformó la mayoría que resolvió condenar a su asistido a una pena de prisión de cumplimiento efectivo, aplicó erróneamente las previsiones contenidas en el art. 26 del CP. En tal sentido, refiere que de esa norma se desprende la posibilidad de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena para aquellos casos en que el monto de sanción impuesta no supere los tres años de prisión.

Señala que si bien la concesión de ese beneficio **resulta facultativa para el órgano juzgador**, a través de las constancias de la causa se puede comprobar la inconveniencia que resulta para la vida del acusado que se ordene su ingreso a un establecimiento carcelario.

Cuestiona que los magistrados que se pronunciaron por la aplicación de una penalidad de cumplimiento efectivo, al fundamentar esa desición, no observaron debidamente los fines de prevención especial que debe cumplir la pena, conforme se desprende del texto de la ley nacional N° 24.660 de ejecución penal, de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al texto constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN).

Menciona que uno de los integrantes del tribunal de juicio se pronunció a favor de la concesión del beneficio petitionado al considerar que la falta de antecedentes penales, sumado a su valoración de las particulares circunstancias del caso, la naturaleza del hecho, la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito y los motivos que lo impulsaron a delinquir, justificaban tanto el monto de sanción propuesto –dos años y ocho meses de prisión– como el modo de cumplimiento –condicional– como forma de contribuir a su reinserción social.

Agrega que, además de las consideraciones efectuadas por el magistrado disidente, también deben valorarse la actitud asumida por el imputado en forma posterior al delito, especialmente por la ausencia de todo conflicto posterior a los hechos denunciados no sólo con la víctima y su familia, sino también, de cualquier otra persona; y, además, por haberse sometido incondicionalmente al proceso penal.

Expresa que en el presente caso, la experiencia de atravesar por un proceso penal iniciado hace tres años, sumado a las restricciones a la libertad que implica la posibilidad de sumar la condena en suspenso a la de un nuevo delito, son más que suficientes para que el imputado no vuelva a delinquir y ajuste sus conductas a una adecuada convivencia social, lo que permite cumplir íntegramente con la finalidad de prevención especial positiva de la pena que establece nuestra legislación, como también lo sugiere la Constitución Nacional y las Convenciones de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En base a todo lo expuesto, solicita se case la sentencia y se imponga a su representado la pena de dos años y ocho meses de prisión con los beneficios de la ejecución condicional bajo las reglas de conducta que se estimen pertinentes, de acuerdo al voto que integró la minoría que resolvió en la instancia anterior a la presente.

3.- El recurso de casación promovido por la representante del Ministerio Público Fiscal

El remedio procesal promovido por esa parte a fs. 371/377 se funda en el inc. 1° del art. 474 del CPP, en tanto considera que el tribunal de juicio ha incurrido en vicios in iudicando.

En este plano, la defensa cuestiona que el tribunal de juicio subsumió erróneamente los hechos en el derecho. Concretamente, señala que si bien el a quo afirmó la existencia material de todas las conductas que le fueron reprochadas al acusado a través de la acusación fiscal, ello no tuvo un correlato en el encuadre normativo, al resolver que esos comportamientos no configuraban un abuso sexual agravado por el **sometimiento gravemente ultrajante para la víctima**, sino que correspondía su encuadre legal en el tipo básico del abuso sexual simple en la modalidad de delito continuado.

Para fundar su argumento, rebate las conclusiones alcanzadas en la sentencia en orden a la plataforma fáctica tenida por acreditada.

En primer lugar, rechaza que en uno de los hechos imputados, el juzgador no haya tenido por probado que la eyaculación se produjo sobre el cuerpo de la víctima siendo que, por un lado, si bien la menor al ser interrogada precisamente sobre este extremo durante su declaración, respondió que no se acordaba, esa expresión fue explicada por la profesional que intervino en la entrevista respectiva, donde afirmó que ello no denotaba una falta de memoria, sino por el contrario, un retraimiento y una resistencia activa a recordar y reproducir las conductas que vivenció como especialmente traumáticas.

Pero además, refiere que esa circunstancia también quedó demostrada con la declaración de la testigo M., quien manifestó que la propia víctima le dijo que durante el episodio que tuvo lugar en el vehículo del acusado, ella se había quitado una pierna del pantalón a pedido de aquel y que, luego de unos minutos, sintió en su pierna algo «mojado y caliente»; situación que fue interpretada por la dicente como una eyaculación descrita por una niña que no tiene conocimiento de tal fenómeno. En segundo lugar, expresa que aún en el caso que no se considere probado aquel extremo –eyaculación sobre el cuerpo de la víctima–, la casuística a la que se remite el juzgador para calificar el hecho como abuso sexual simple, en referencia a jurisprudencia de otro tribunal –Superior Tribunal de la provincia de Córdoba– sólo puede servir como guía de interpretación, pero no como base para excluir –por su sola invocación– la aplicación del segundo párrafo del art. 119 del CP en el caso concreto. Ello en tanto, se trata sólo de un catálogo de conductas que no está previsto por la ley, sino que es realizado por un tribunal de acuerdo a su propia jurisprudencia para descartar la aplicación del delito en cuestión. A ello agrega que fue el propio tribunal de juicio quien sostuvo que las conductas de sometimiento sexual de las que había sido objeto la víctima iban más allá de meros tocamientos, y expresó que hubo un hecho –refiriéndose al episodio de la eyaculación– que tuvo características distintas a las demás. Por lo que, a su criterio, cuando el análisis que realiza el juzgador arroja que los comportamientos juzgados son objetivamente desproporcionados con

los simples tocamientos que abarca el primer párrafo del art. 119 del CP. –, es necesario que aquellos sean subsumidos en el segundo párrafo de la misma norma.

Entiende que en el caso de autos, además de los repetidos tocamientos simples a los que fue sometida la víctima, y tal como lo reconoce el propio tribunal sentenciante en sus fundamentos, existieron dos conductas que se presentan con características particulares que las diferencian y distancian de aquellos y, por ende, erigen esas conductas en constitutivas de un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, a saber: (a) en una oportunidad el imputado besó con sus labios la vagina de la víctima –quien se encontraba sin ropa interior–; y, (b) en otra oportunidad apoyó el pene en la vagina de la víctima quien se encontraba subida encima de éste tan solo con su ropa interior separando ambos genitales, y fue precisamente en ese momento que el mismo eyaculó. Afirma que esa descripción, sumado a la corta edad de la víctima y a su lógica absoluta inexperiencia sexual, califican la decisión impugnada de incluir esas conductas como constitutivas de abuso sexual simple en un tecnicismo excesivo y absolutamente divorciado con la realidad.

Por último, estima que existió otra circunstancia de realización que, si bien fue debidamente acreditada en el debate, no fue objeto de análisis por el tribunal de juicio al momento de descartar la agravante pretendida; esta es, la efectiva dominación a la que estaba sometida la víctima por parte del imputado.

Refiere que quedó demostrado que el acusado efectuaba un «chasquido» de dedos cada vez que quería tener un encuentro sexual con la víctima y que con ello lograba que ésta, sin siquiera pensarlo y de modo casi automático y preordenado, se dirigiera al lugar en el que el acusado la esperaba para perpetrar las diferentes conductas.

Comportamiento que fue detectado tanto por la Lic. Cucchi Arzac del EDEAS, como por el Dr. Habiján del antiguo EPAASI, quienes expresaron que tal modalidad acreditaba la cronicidad del abuso y que, además, implicaba un especial sometimiento de la víctima respecto de su agresor al perder su capacidad de cuestionar esa orden por encontrarse de alguna manera anulada su voluntad.

Por todo lo expuesto, solicita se case la sentencia en crisis, y se resuelva la situación procesal del imputado, condenado a C. A. D. L. H. U como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en la modalidad de delito continuado.

Ello por cuanto, los motivos que invalidan el fallo atacado no son producto exclusivo y directo de la inmediatez, por lo que no resulta necesario la realización de un nuevo debate oral. Asimismo, solicita se le imponga la pena de seis años de prisión, en atención a: (a) las características y naturaleza de las diferentes conductas cometidas por el imputado sobre el cuerpo de la víctima; (b) la extensión del daño, la irrupción del acusado en el normal desarrollo sexual de la menor; (c) la especial confianza que existía entre víctima y victimario; (d) que al momento de los hechos, éste se desempeñaba laboralmente como agente penitenciario; y, (e) la conducta posterior al delito, desprovista de una actitud pasiva, sino asumiendo un comportamiento agresivo para evitar la persistencia en el relato incriminador de la menor.

4.- El dictamen del Procurador General

El señor Procurador General, tras analizar los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de las impugnaciones presentadas, considera que debe ser rechazado el recurso de casación intentado por la defensa, y admitida la queja interpuesta por la agente fiscal.

Con relación a la presentación de la defensa del acusado, estima que los fundamentos expuestos por el sentenciante para justificar el monto de pena aplicado, resultan claros y razonados, sin que se advierta arbitrariedad alguna, ni desproporción en el quantum seleccionado.

Refiere que el voto mayoritario del tribunal de instancia anterior valoró las circunstancias atenuantes y agravantes y explicó los motivos por los que consideraba justa y equitativa la pena impuesta, estableciendo las circunstancias que lo inclinaron a considerar los hechos como de gravedad máxima dentro de la entidad propia del delito.

Ello resultó reflejado en la individualización de la pena y en la modalidad de ejecución de la misma, plasmándose los motivos por los que consideró el encierro como necesario, en ejercicio de la facultad que le habilita el art. 26 del CP, tras considerar cada una de las pautas allí establecidas bajo pena de nulidad. En cuanto al recurso incoado por la representante del Ministerio Público Fiscal, se remite a los argumentos que fueran oportunamente vertidos por esa parte en su escrito de presentación (fs. 371/377).

No obstante lo cual, agrega que las conductas atribuidas configuran un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima, ya que se trataron de comportamientos que excedieron los simples tocamientos definidos en el primer párrafo del art. 119 del CP; aspecto que determina su subsunción dentro del segundo párrafo del esa norma penal.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por los recurrentes, adelanto mi opinión en el sentido que corresponde admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal, ello por las razones que serán detalladas a continuación.

En forma preliminar conviene efectuar aquí dos aclaraciones. La primera, es que no es ajeno a la consideración de éste Cuerpo que ambas impugnaciones presentan una manifiesta relación de subsidiariedad.

Ello en tanto, tal como se desprende de los respectivos escritos casatorios, mientras la fiscalía rebate la fundamentación del fallo en orden a la calificación legal de los hechos que conforman la plataforma fáctica tenida por acreditada en la sentencia, la defensa impugna el resolutivo en análisis atacando los argumentos por los que la mayoría de integrantes del tribunal de juicio determinó el monto de pena aplicada y el modo de su ejecución –efectiva–.

Esa vinculación, según entiendo, incide de manera determinante en el orden de abordaje de los agravios propuestos, ya que determina el esquema de análisis que seguirá mi voto. Ello en tanto, más allá de los cuestionamientos casatorios referidos a la determinación legal de la pena, corresponde determinar si la fundamentación del fallo impugnado se adecua a las exigencias establecidas por la ley de procedimiento, como garantía del debido proceso y de la posibilidad de control de las decisiones jurisdiccionales; puesto que, de verificarse alguna falencia, conduciría a la anulación del fallo -a tenor de lo normado por los arts. 155 y 416 inc. 4 del C.P.P.- y resultaría infructuoso expedirse en relación a los planteos casatorios incoados por el abogado defensor del acusado.

Lo afirmado precedentemente se funda también en el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En consecuencia, el abordaje de los recursos interpuestos comenzará por el tópico antes. En segundo término, también advierto que si bien la pretensión de la fiscalía consiste en demostrar que el tribunal de juicio incurrió en un error en la aplicación de la ley penal sustantiva, no es menos cierto que sus pretensiones aparecen sustentadas en una crítica a la valoración de la prueba y, desde allí, hacia la

conformación del suceso histórico en los términos que el sentenciante lo tuvo por comprobado en la pieza impugnada. Por lo tanto, el vicio en la subsunción normativa –in iudicando– invocado por la recurrente, resulta reconducido hacia una queja contra la lógica probatoria seguida por el sentenciante para la conformación de la base fáctica acreditada y la consiguiente imputación penal.

Esa situación genera la necesidad de revisar la sentencia desde la órbita formal, esto es, respecto de la correcta –o incorrecta– observancia a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de aquellos elementos de prueba que integraron el plexo producido legalmente incorporado a la causa, y determinaron la conformación del plataforma fáctica tenida por cierta. Ingreseemos ahora en el análisis de los agravios propuestos, en el orden señalado. 5.1. El tribunal de mérito, luego de una prolija y completa exposición de la prueba que acompañó la causa, así como de un pormenorizado análisis del valor convictivo asignado a cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que integraron el plexo probatorio debidamente incorporado en autos, dejó establecido que los hechos sucedieron como lo sostuvo la acusación pública. En lo que aquí concierne, dentro del catálogo de comportamientos abusivos de índole sexual cometidos por el acusado –cuya existencia material y autoría no resulta discutida–, tuvo por probado que «en otra oportunidad, luego de una fiesta en la casa del señor D. L. H. U, en el vehículo de éste, volviendo del departamento de San Martín hacia la Ciudad de Mendoza, detuvo el vehículo en una calle de tierra, le pidió que se quitara una de las piernas del pantalón, extrajo su pene del pantalón y luego le hizo subirse a G. P.N. con la bombacha puesta sobre el pene del señor D. L. H. U, quien se encontraba recostado en el asiento del conductor del vehículo, el cual estaba reclinado, para finalmente eyacular» (ver fundamentos, fs. 313, fs.328 y vta.).

A su vez, al dar respuesta a la segunda de las cuestiones a resolver, y luego de señalar la concurrencia en autos de todos los presupuestos típicos que exige para su configuración el delito de abuso sexual simple (art. 119 1° párr. del CP), hizo referencia expresa a aquellos dos hechos que, a través de la declaración de la menor en la segunda Cámara Gesell, fueron añadidos a los tocamientos impúdicos; comportamientos que, vale la pena destacar, determinaron que la fiscalía ampliara los términos originales de su acusación. En cuanto aquí importa, respecto al episodio que tuvo lugar en el interior del vehículo del acusado, el a quo si bien tuvo por debidamente probado que el imputado apoyó su pene en la zona de la vagina de la menor con la ropa interior de ésta colocada, quien luego lo vio eyacular y limpiarse con unos pañuelos descartables, se encargó de remarcar que «debe quedar claro, asimismo, que no se encuentra probado que esta eyaculación fuera sobre el cuerpo de la menor sino solo que la menor vio que el imputado eyaculo» (ver fundamentos, fs. 330 vta.), para luego, en otro pasaje de su análisis, reiterar que «la eyaculación no ha tenido lugar sobre la víctima sino que fue observada por ésta luego de que apoyara el pene sobre la vagina cubierta de ropa interior de la menor» (ver fundamentos, fs. 332). Precisamente, fue en base a esas consideraciones fácticas que el sentenciante descartó la calificación legal que fuera propuesta tanto por la fiscalía como por la querrela, en el sentido de estimar que la falta de demostración de ese aspecto –eyaculación sobre el cuerpo de la víctima–, no permitía encuadrar los hechos dentro de la agravante prevista en el segundo párrafo del art. 119 del CP, esto es, como abuso sexual gravemente ultrajante, en tanto aquel detalle resulta un factor constante en la jurisprudencia para ambas figuras, esto es, «lo ultrajante de todo abuso de lo gravemente ultrajante característico de la agravación típica» (ver fundamentos, fs. 332).

5.2. Por su parte, uno de los pilares en que se basa la crítica casatoria efectuada por la representante del Ministerio Público Fiscal, gira en orden a cuestionar que dentro del catálogo de conductas abusivas atribuidas –y probadas– respecto del imputado, si bien el tribunal de juicio tuvo por probado que el

imputado eyaculó, consideró que esa eyaculación no fue sobre el cuerpo de la víctima. Por el contrario, según lo sostiene la recurrente, este dato resultó suficientemente acreditado a través de las constancias de la causa, específicamente mediante el testimonio de una de las testigos que expuso durante el debate, es decir, por la testigo S. M. –progenitora de una compañera y amiga del colegio de la víctima–. A lo que agregó el valor probatorio de la explicación dada por la Lic. Cucchi Arzac – profesional que estuvo a cargo de la segunda Cámara Gesell que se le practicara a la menor– cuando explicó, durante su deposición en el debate, que aquella respuesta omisiva brindada por la niña al ser consultada específicamente sobre este aspecto, no debía ser interpretada como falta de memoria, sino como «un retraimiento y resistencia activa a recordar y reproducir las conductas que vivenció como especialmente traumáticas, puesto que tal expresión aparecía en su relato en los momentos más álgidos de las situaciones de abuso a las que era sometida» (fs. 373 vta.).

5.3. Ahora bien, es particularmente sobre este extremo de la plataforma fáctica en el que advierto un vicio en la fundamentación de la sentencia.

En primer lugar, debo señalar que la crítica de los elementos de prueba es un acto complejo, que impone no sólo el examen interno de éstos, y el contenido y fiabilidad de la información que los respectivos elementos ofrecen, sino también su confrontación conjunta, de modo que pueda formularse un juicio de certeza o falta de certeza sobre el hecho que es objeto de la acusación. Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que los jueces incurren en arbitrariedad «cuando consideran los testimonios en forma fragmentaria y aisladamente ... en especial cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios» y que «es arbitraria la sentencia en la cual la interpretación de la prueba se limita a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa; pero no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos medios probatorios» (fallos: 308:640 - «Zarabozo»).

Y en circunstancias más específicas, la Corte ha dicho que «la prueba en los delitos contra la honestidad ... resulta de difícil recolección ... Ello no significa que resulte de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba ..., quitándole sustento a lo que en su conjunto lo tiene. Todo lo contrario, habrá que valorar las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados» (fallos 320:1551).

En segundo lugar, vale la pena aquí mencionar que el deber judicial de motivar las resoluciones que se emitan es una garantía de origen constitucional, que debe ser vista no sólo en atención de la situación de quien resulta acusado de la presunta comisión de un hecho delictivo sino que, además, es una obligación para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia, y en especial la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus fallos, lo que permite a su vez, ejercer el control sobre la conducta de los mismos (conf. De la Rúa, Fernando, "La casación penal", Edic. 1.994, págs. 106/108). En consecuencia, constituye deber de los magistrados motivar suficientemente sus decisiones, mediante una adecuada valoración de la prueba producida y legítimamente incorporada y una lógica, razonada y realista interpretación de las circunstancias comprobada en función de aquélla y del derecho aplicable (al respecto ver Morello, Augusto M., «Motivación adecuada de la sentencia. Matices», E.D. 224-650). La observancia de tales extremos permitirá alcanzar los objetivos señalados en los párrafos precedentes. En este entendimiento es que resulta razonable que nuestro ordenamiento procesal local prevea que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la motivación de la mayoría del Tribunal,

o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo (art. 416 inc. 4 del CPP). Sentado lo anterior advierto que, en el caso bajo estudio, la motivación cuestionada no cumple con los recaudos necesarios para constituir, desde su forma y contenido, un acto jurisdiccional válido. La conclusión precedente surge de los fundamentos que acompañan la resolución bajo análisis, donde se observa que el tribunal de juicio ha incumplido con el deber prementado, toda vez que analizó de manera parcial una prueba decisiva en el contexto de autos, específicamente en orden a la configuración de las características modales que asumió uno los comportamientos ilícitos reprochados. Me estoy refiriendo a la declaración testimonial de la testigo M., quien declaró durante el debate por ser la madre de una compañera del colegio de la víctima, y también, por haber tomado conocimiento de los hechos aquí investigados de propia voz de la menor, quien acudió a aquella, junto a su madre, y le relató los sucesos padecidos con el imputado. En efecto, si bien resulta cierto que el a quo le asignó un destacado valor convictivo a ese medio de prueba, insertando sus dichos dentro del proceso de corroboración externa de la credibilidad y autenticidad del relato de la víctima, considero que incurrió en el error de parcializar su interpretación. Desde que el tribunal de juicio es libre en la valoración y selección de la prueba en que ha de fundar su convencimiento, ya que el valor de aquellas no está fijado ni predeterminado, como así también en la determinación de los hechos que con ella se demuestre, en tanto corresponde a su propia apreciación evaluarlas, entiendo que no resulta –en principio– impedimento alguno que los jueces de mérito puedan, al analizar especialmente la prueba testimonial, dentro de la información que ésta le provee, seleccionar aquellas parcelas que serán consideradas y secciones que serán desestimadas para alcanzar el nivel de prueba requerido. Ahora bien, en esa inteligencia, no puede obviarse el deber del sentenciante de fundamentar debidamente ese proceder, de manera tal que su tarea axiológica vaya precedida necesariamente de la invocación de los motivos por los que se efectúa esa operación, y del razonamiento lógico en que se apoyan las razones vertidas al efecto. De este modo, particularmente cuanto una declaración testimonial presenta segmentos de su contenido con mayor grado de credibilidad que otro u otros, el juzgador no puede desconocer ninguna de estas partes. El deber legal de analizar la totalidad de una prueba en particular implica, por un lado, hacer visible esta discordancia y, además no descartar ninguno de los dos segmentos de información y tenerlos presentes hasta el final de su razonamiento. Desde allí es que estimo reside el vicio invalidante precitado, en tanto advierto que ciertos aspectos del testimonio de la testigo de cargo señalada –S. M.– no han sido debidamente valorados por el órgano juzgador. Así, y en cuanto aquí nos importa, de la reproducción de las constancias de audiovisuales que reflejan el contenido del juicio oral, advierto que durante su alocución, la testigo de mención se refirió expresamente a aquellos datos que la propia menor le suministró acerca del episodio que tuvo lugar en el vehículo del imputado. En efecto, no solamente la testigo dijo que la menor le contó que «el imputado la había llevado en el auto a llevar a unos familiares y que el tío paró el auto, le empezó a tocar la pierna, le hizo sacar una pierna del pantalón y que el tío se había sacado el cierre del pantalón» como reza la sentencia (ver fundamentos, fs. 318 vta./319), sino que agregó que fue la propia víctima quien, de manera espontánea, al describirle ciertos pasajes de la secuencia fáctica que tuvo lugar en ese contexto, le contó que en aquella pierna que se encontraba desprovista de vestimenta había sentido «algo caliente» (min. 20´ 33”), «algo mojado» (min. 33´ 38”). Este relato aporta datos que requerían una expresa meritación de parte del tribunal de mérito, ya que permiten explicar razonablemente ciertos puntos en la sentencia. Sin perjuicio de lo cual, la atenta lectura de los fundamentos del fallo impugnado no permite observar ninguna referencia a esos pasajes de su testimonio, ni mucho menos un análisis crítico ajustado a los esquemas de acreditación establecidos en

la legislación adjetiva, siendo que de esa probanza surgen una serie de aserciones que requieren valoración, desde que su inclusión mental hipotética en la plataforma fáctica tiene la virtualidad de modificarla; máxime si se tiene en cuenta la entidad y gravedad de los hechos investigados. Considero que de acuerdo a los compromisos asumidos por el Estado Nacional a través de los diversos instrumentos internacionales suscriptos en la materia, los órganos estatales, y en particular, los judiciales, deben concentrar –y redoblar– sus esfuerzos en procura de proteger prioritariamente la integridad física y psicológica de las víctimas de este especial género de conductas delictivas, atendiendo a la situación de vulnerabilidad en que éstas se encuentran inmersas, poniendo en marcha los mecanismos de los que dispone el sistema para ello, en procura de no profundizar innecesariamente el grado de victimización sufrido. Lo afirmado resulta de apreciar, como aspecto fuera de toda discusión, el daño irreparable a la integridad física, psíquica y moral que estos acometimientos sexuales provocan en sus víctimas. Así el agresor sexual vulnera el derecho a la integridad, a la intimidad, a la privacidad de los menores, y, principalmente, a no ser expuestos a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Derechos que se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel nacional y provincial, en diversas normas, entre las que se destaca la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. En definitiva, considero que lo expresado pone de manifiesto la existencia de vicios en la sentencia con la entidad suficiente para llevar a su anulación. Ello en tanto, en el caso concreto, se ha corroborado la decisividad del agravio invocado por la representante del Ministerio Público Fiscal en relación al resultado del fallo que ataca. Asimismo, en virtud de lo expuesto, considero que deviene inoficioso pronunciarme respecto del resto de los agravios formulados.

5.4. Por lo tanto, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Comparto los fundamentos en virtud de los cuales el ministro preopinante entiende que la sentencia cuestionada presenta vicios que conllevan la declaración de nulidad de los actos procesales referidos. En particular me interesa destacar que las falencias en el razonamiento del sentenciante descritas en el voto que me precede, y que dan sustento a la solución que se propicia, implican –según entiendo– la vulneración a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto de delitos cometidos en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –esto, en el pleno entendimiento de la condición de obligación de medios que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una medida de reparación para la víctima y sus familiares y como una garantía de derecho a la verdad (Conf. «Concha, Jesús).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que «en casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la convención Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belem do Pará. En su art. 7.b), dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer» (Corte IDH, Caso «V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua», Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 152). De este modo,

ante un acto de violencia contra una mujer, resulta especialmente importante que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento, lleven adelante con diligencia y eficacia su tarea, con el objeto de dar cumplimiento con las obligaciones del Estado de sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en sus distintas manifestaciones. Ello con el fin de brindar a las víctimas una respuesta justa y en un plazo razonable, como también fortalecer la confianza de este sector vulnerable de la población, en las instituciones estatales encargadas de aplicar los estándares que en materia de género imponen los compromisos internacionales en la materia. Al respecto, la Comisión Internacional de Derechos Humanos entiende que la aplicación de los estándares del sistema interamericano «exige de los Estados esfuerzos concretos, deliberados e inmediatos para cerrar la brecha entre los compromisos de derechos humanos que han asumido, y la protección plena y real de los derechos humanos» (Comisión IDH, Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, 2011-2014, párr. 13). En el caso bajo estudio, debo señalar que, conforme los estándares internacionales y regionales, la víctima es titular de una doble protección jurídica: por ser mujer y niña. Se trata entonces de una doble condición de vulnerabilidad que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso. En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que «[...] las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación» (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)». En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17). Conforme con lo expuesto, estimo que la falta de diligencia en la dirección de los procesos de esta naturaleza y la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres y niñas inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la sentencia de N° 78 (fs. 307/308) y sus fundamentos (fs. 311/340). En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.). ASÍ VOTO.

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

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

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

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

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 371/377 vta. de estos obrados por la representante del Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la Sentencia N° 78 (fs. 307/308) y sus fundamentos (fs. 311/340) dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2019.-

49- DIAZ BUSTOS. 28-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcDBD.pdf

Lex: Art. 119, 2° párrafo y 4° párrafo inc. b y 55 del CP.

Vox: VG. NNA. A.S.I. Abuso sexual. Gravemente ultrajante. Vínculo. Testimonio de la víctima. Concurso real.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **nueve años de prisión** más accesorias y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo reiterado (cuatro hechos) (art. 119 segundo párrafo y cuarto párrafo inciso b y 55 del CP)

La **defensa oficial** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP) por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando. Solicitando el cambio de calificación y la individualización de una nueva pena.

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

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 677, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Araujo. 18-03-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=189>
- Merlo Lasa. 07-12-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ferrada Palma. 07-11-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcFPP.pdf

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

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04856806-2/1((018602-29565)) FC/ D. B. D. H. P/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE (29565) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104939573*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva los autos N° 13-04856806-2/1 caratulados "F. C/ D. B. D. P/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO P/RECURSO DE CASACIÓN".

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

La titular de la Décima Octava Defensoría de Pobres y Ausentes interpone recurso de casación (fs. 391/398) contra la Sentencia N° 677 y sus fundamentos (fs. 381 y vta; 382/389, respectivamente), dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condenó al acusado a la pena de nueve años de prisión más accesorias y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo reiterado (cuatro hechos), que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-29.565/18 (art. 119 segundo párrafo y cuarto párrafo inciso b y 55 del CP).

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

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La sentencia mencionada tuvo por probada, con el grado de certeza necesario, la existencia de los hechos atribuidos al acusado en calidad de autor, esto es, que «para fecha no precisada, con posterioridad al día 24 de junio de 2.016 y previo al día 9 de abril de 2.018, en horas de la noche y en la cama de la habitación de D.H.D.B., de la vivienda ubicada en calle ...,el acusado, en al menos tres oportunidades, previo quitarle la ropa a su nieta, la menor T.J.D. de entre 6 y 7 años de edad al momento de los hechos, mientras se encontraban acostados durmiendo, se bajó los calzoncillos y pantalón, y apoyó su pene sobre la vagina de la niña. Asimismo, en una oportunidad y en las circunstancias antes descriptas es que el acusado introdujo su dedo medio en la vagina de su nieta» (ver acusación obrante a fs. 305/309 y fundamentos, fs. 384 vta./385).

Respecto de lo que ha sido controvertido en el recurso de casación, el tribunal de juicio sostuvo que discrepaba con las conclusiones de la defensa respecto de la calificación subsidiaria solicitada (abuso sexual simple reiterado), básicamente porque, en primer lugar, no compartía con ella que la víctima hubiese hecho referencia sólo a dos hechos de abuso, sino a cuatro. Así, destacó que en la audiencia de Cámara Gesell la niña hizo referencia a tres hechos cometidos con la misma modalidad, esto es, actos en los que el acusado colocaba sus partes íntimas sobre las de la víctima, y un cuarto hecho consistente en la introducción de un dedo del acusado en la vagina de la niña (ver fundamentos, fs. 387 vta./388).

En segundo lugar porque, según su criterio, atento el modo en que fueron ejecutados, los hechos acreditados resultaron ser gravemente ultrajantes. En este aspecto valoró que los actos importaron un

plus de degradación y humillación para la víctima y tuvieron alto contenido vejatorio, excediendo del simple abuso sexual (ver fundamentos, fs. 388).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado impugna la sentencia individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del CPP de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in iudicando.

Indica que el acusado ha sido condenado por una conducta que encuadra en otra calificación legal y no la asignada por el órgano acusador. En este sentido, describe los hechos corroborados por el tribunal de sentencia y sostiene que, según su criterio, pueden ser calificados como supuestos de abuso sexual simple agravado por el vínculo (art. 119 1° párrafo en función del art. 4° inc. b).

Repasa los dichos de la víctima en audiencia de Cámara Gesell y afirma que el cambio de calificación encuentra reparo en que los hechos acreditados configuraron actos de tocamientos o acciones de contacto sobre el cuerpo de la niña, que no cumplen con los requisitos típicos del abuso sexual gravemente ultrajante.

En concreto, indica que el primer hecho consistió en un «contacto corporal» entre las partes íntimas del acusador y la víctima, y destaca que el segundo hecho también tuvo el mismo sentido de contacto toda vez que, al comprobarse mediante examen médico que la niña no presentaba lesiones en su zona genital y que su himen estaba íntegro, quedaba descartado la introducción de un dedo.

Entiende que estos comportamientos no pueden ser definidos a partir de la sensibilidad de la víctima o del criterio del juzgador, sino objetivamente, de acuerdo con lo que, «para la normalidad», excede el límite de desahogo sexual y agrega un contenido más sádico del autor.

Como corolario del cambio de calificación solicitado, requiere la individualización de una nueva pena, que ubica en los tres años de prisión más los beneficios de la ejecución condicional. Para fundar este criterio, recuerda la edad del imputado, su estado de salud y la falta de antecedentes.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal de los recursos incoados por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Advierte que la parte recurrente reitera los argumentos esbozados en el debate y que no ha logrado controvertir los argumentos dados por el tribunal de sentencia. En este sentido, hace un repaso de los hechos relatados por la víctima y resalta que el tribunal de sentencia los ha considerado gravemente ultrajante atento a la modalidad de comisión, toda vez que implicaron un plus de degradación y humillación de alto contenido vejatorio. Considera que no pueden configurar simples tocamientos, el contacto de las partes íntimas del imputado con las de la víctima y la introducción de un dedo en la vagina de la niña, sumando a ello la reiteración en el tiempo y la relación de parentesco entre víctima y acusado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe

confirmarse la sentencia proveniente del Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Esta conclusión gravita en que la defensa intenta controvertir los hechos acreditados para el tribunal sin una estrategia adecuada. En efecto, se desprende de la lectura integral de la pieza recursiva, la tarea de la defensa en la audiencia de juicio y los fundamentos esbozados por el tribunal de sentencia, que la estrategia de la parte recurrente implica una reedición de aquellos argumentos que controvirtieron la hipótesis acusatoria en la audiencia de debate, pero sin mayores elementos capaces de demostrar el error alegado en la subsunción legal de los hechos (ver fundamentos, fs. 384 vta.).

En pocas palabras, la parte recurrente sostiene que los hechos de abuso han sido dos, y no cuatro, y que uno de ellos -la introducción de un dedo en la vagina de la niña- ha sido un simple contacto. Para afirmar lo anterior, remite a la declaración de la niña en audiencia de Cámara Gesell, marco en el que ésta habría hecho alusión a menos sucesos, y a la falta de constatación de lesiones en la zona genital de T.J.D. No obstante, la compulsión de las actuaciones en este aspecto refuta las aseveraciones recursivas.

Para tener por corroborada la cantidad de hechos acusados y la modalidad de los mismos, el tribunal no sólo tuvo en cuenta el relato de la niña, también se encargó de examinar las palabras de la víctima a la luz de los demás elementos de prueba recolectados. Así, contrastó el testimonio de T.J.D. con las declaraciones brindadas por sus familiares y con el informe psicológico elaborado la licenciada Fusari, profesional del Equipo de Abordaje del Abuso Sexual -EdeAAS-, elementos con los que destacó los datos que afirmaban credibilidad subjetiva en el relato. Asimismo, evaluó el testimonio junto a otros elementos obrantes en la causa, que indicaban que los dichos de T.J.D. se mantuvieron inalterados a lo largo del proceso. En concreto, subrayó que la entrevista de la niña con los profesionales del Programa de Maltrato Infantil del Hospital Notti -primer marco de contención de T.J.D.- coincidió con el informe de la licenciada Fusari, quien entrevistó a la niña para determinar si estaba en condiciones de declarar en Cámara Gesell, luego en la audiencia misma, y finalmente en su examen psíquico (ver fundamentos, fs. 385/287, e informes de fs. 18/19, fs. 25 y fs. 264).

Contra ello, la parte recurrente no ha presentado aquí otros elementos capaces de controvertir lo que indican los elementos de prueba según la valoración del tribunal, esto es, que los hechos se produjeron tal como lo ha relatado la víctima. En este punto, finalmente, debe decirse que la falta de constatación médica de lesiones genitales no logra contrarrestar la credibilidad del relato de T.J.D., toda vez no existe una relación lógica necesaria entre el comportamiento acusado a D.H.D.B. y la constatación de lesiones como las que invoca el recurrente.

Finalmente, debe decirse que la plataforma fáctica ha sido adecuadamente calificada por el órgano acusador. En efecto, según estimo, los hechos que no han sido controvertidos por la defensa -esto es, que el acusado se desvistiera y desvistiera a su nieta mientras dormía, para luego apoyarle el pene en la vagina, repitiendo esta secuencia en varias oportunidades-, bastan para afirmar que se afectaron mayormente la libertad e intimidad sexual. En este sentido, ha sido adecuada la valoración del tribunal cuando sostuvo que los tocamientos fueron gravemente ultrajantes para la víctima, puesto que, por su modalidad, fueron actos que importaron un «plus de degradación y humillación para la víctima y de alto contenido vejatorio, lo que excede al abuso sexual simple» (ver fundamentos, fs. 388).

En conclusión, el recurso de casación presentado por la defensa del acusado no puede ser recibido en esta instancia toda vez que, para alegar un supuesto error en la subsunción legal de los hechos acusados, ha intentado controvertir la plataforma fáctica acreditada y, de esa manera, el significado jurídico de la misma. No obstante, según se ha explicado, ello no es más que la reedición de una estrategia

adecuadamente refutada en la instancia de juicio, en tanto el tribunal se ha valido de todos los elementos de prueba incorporados para meritar la credibilidad del testimonio de la víctima. Esto último, con una adecuada perspectiva de género en tanto la labor del tribunal armoniza con los argumentos sostenidos por este Cuerpo en diversas oportunidades (ver causas «Galdeano Araujo», «Merlo Lasa» y «Ferrada Palma»).

Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación presentado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 677 del Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dres. Valerio y Adaro. Adhieren.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 391/398 por la titular de la Décima Octava Defensoría de Pobres y Ausentes y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos, obrantes a fs. 381 y vta.; fs. 382/389, respectivamente.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

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

50- GATICA. 05-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Asc	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191205_FyQcGDA.pdf

Lex: Art. 119, 1° párrafo en función con el 5° y 4° párrafo inc. b y 55 del CP. Art. 8 y 25 DADH.

Vox: VG. NNA. A.S.I.. VS. Abuso sexual simple. Vínculo. Concurso real. Acto jurisdiccional válido. Monto de la pena. Derecho a la verdad.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cinco años de prisión** como autor responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo –tres hechos– (art. 119, primer párrafo en función con el último párrafo y el cuarto párrafo inc. b y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

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

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 405, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Morales
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Di Cesare Morales. 26-06-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b- CIDH

- Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia 31-01-06. Serie C N° 70, párr.201.
https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=244
- “Caso Bulacio c/ Argentina”. Sentencia 10-09-03. Serie C, N 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- Campo Algodonero vs. México. 16-11-09:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

Doctrina Citada:

- Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.66 y 78.
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13-04-2000, párr. 148
<http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/ElSalvador11481.htm>
- UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017
<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>
<https://www.unicef.org/argentina/informes/comunicaci%C3%B3n-infancia-y-adolescencia-guia-para-periodistas>

Parágrafos destacados.

“De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre. “

“Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este **derecho** – a la verdad- no sólo pertenece a **la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos** (ver “Concha, Jesús”, expte. N° 13-04292884- 9/1, 20 de setiembre de 2018). “

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

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04740638-7/1((018601-1)) F. Y QUERELLANTE PARTIC. C/ G. D. A. R. P/ ABUSO SEXUAL AGRAV. POR ACCESO CARNAL Y POR EL VINCULO (1) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104817959*

En Mendoza, a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04740638-7/1 caratulada "F. C/ G. D., A.R. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO S/ CASACIÓN".

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

La defensa oficial de A. R. G. D. interpone recurso de casación (fs. 367/372 vta.) contra la Sentencia N° 405 (fs. 345/346) que lo condenó a la pena de cinco años de prisión como autor responsable del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo –tres hechos– (art. 119, primer párrafo en función con el último párrafo y el cuarto párrafo inc. b y 55 del CP) pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

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

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

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

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado que el imputado entre los meses de noviembre de 2013 y Noviembre de 2015, realizó tocamientos en las partes íntimas de su nieta AMGF, en el domicilio sito en ...

Para así decidir el tribunal valoró, entre otros elementos probatorios, las declaraciones testimoniales de A.A.F, de O.E. G.F., de J.J.C.G.R, de L.B., el acta de denuncia de fs. 1, el acta de aprehensión de fs. 25 y los informes de fs. 32 y de fs. 36.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

La defensa denuncia la nulidad de la declaración de la víctima prestada en Cámara Gesell y afirma que existen notorias contradicciones entre el informe médico –en el que no se constataron lesiones en el ano de la víctima– y las declaraciones prestadas por la niña.

Ello ameritaba a su modo de ver, la realización de una pericia psicológica peticionada oportunamente por la defensa. Insta la nulidad del informe psicológico realizado por la Lic. Herrera, dada las contradicciones existentes entre las declaraciones de la víctima y los informes del Cuerpo Médico Forense.

En el mismo sentido alega que la motivación del fallo cuestionado resulta arbitraria, incongruente y desproporcionada y que la labor del juzgador respecto de la valoración de la prueba debe basarse en pruebas objetivas, en procura de la justicia del caso. Finalmente se alza respecto de la pena impuesta, expresando que es inmotivada e infundada, a la vez que desproporcionada y sin sustento legal.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 386/388 vta. el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo sustancial del remedio intentado. En referencia a la pretendida nulidad de la testimonial prestada en Cámara Gesell expresa que fue debidamente tratada en la sentencia por el juzgador, de la que surge que **la declaración es independiente de la pericia** obrante a fs. 79.

Por otro lado el Procurador sostiene que no se desprende cuál es el agravio concreto que le habría ocasionado la prueba cuestionada, ni qué defensas específicas se vieron privados de articular, lo que implica que el planteo del recurrente constituye un pedido de nulidad por la nulidad misma, por lo que aconseja el rechazo del recurso interpuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Ahora bien, para fundar la solución anticipada, abordaré de modo inicial una serie de observaciones generales teniendo en cuenta la condición de la víctima (a); luego analizaré la sentencia y los agravios relativos a los pretendidos vicios de fundamentación (b) y finalmente el agravio que cuestiona el monto de la pena impuesta (c).

a. Consideraciones generales

Advierto que la víctima en autos AMGF pertenece a un **sector vulnerable de la población** y por tanto estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia (**arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**), particularmente en lo que respecta a la garantía de acceder a una investigación penal seria respecto un delito cometido en ámbitos de incumbencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) –esto, en el pleno entendimiento de la condición de **obligación de medios** que rige a su respecto–; considerando, a su vez, que la investigación criminal realizada en forma acorde a los mandatos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos funge como una **medida de reparación para la víctima y sus familiares, y como una garantía de derecho a la verdad**. Conforme los estándares internacionales y regionales, debo señalar que AMGF, quien fue víctima de abuso sexual por parte del imputado cuando era menor de edad, es titular de una doble protección jurídica: por **ser mujer y niña**.

Doble condición de vulnerabilidad

Se trata entonces de una **doble condición de vulnerabilidad** que la atraviesa, por cuanto cada una de dichas condiciones demandan una especial protección por parte de todos los agentes de la organización estatal, a fin de prevenir la violencia de la que históricamente han sido objeto; y de los operadores del derecho, quienes tienen la obligación de ser diligentes en la investigación, imprimiendo en el análisis de estos casos una lectura desde el enfoque de género, con el objeto de brindar una solución justa en cada caso.

Derecho a la verdad.

Tal como he sostenido en pronunciamientos anteriores, en lo que respecta a la **investigación criminal como garantía del derecho a la verdad**, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, **Corte IDH y CIDH respectivamente**), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de **protección judicial**, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr., 66**).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver **“Concha, Jesús”**, expte. N° 13-04292884- 9/1, 20 de setiembre de 2018).

Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala. 31-01-06. Derecho a la verdad. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas. (13-08-14)

La Corte IDH en el **“Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala”**, se pronunció por primera vez en este sentido, reconociendo expresamente que el **derecho a la verdad** se encuentra subsumido en el derecho de las víctimas o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que provienen de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Corte IDH, **Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala, sentencia de 31 de enero de 2006**, Serie C N° 70, párr. 201).

Expresamente señalé en el precedente registrado en **CUIJ N° 13-04292884-9/1** que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)».

Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica

En este entendimiento, y a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de **una cultura patriarcal** que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. **CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17**).

Por lo tanto, para brindar una solución justa para el caso sub examine debemos imprimir en su análisis **una lectura desde el enfoque de género**.

Belém do Pará. Ley 24632.

Así, la violencia ejercida contra las mujeres en razón de su género ha merecido un especial amparo, a nivel supranacional a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), a la cual adhirió nuestro país mediante la sanción de la **ley 24.632**, en donde se establecen las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género.

100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Acordada N° 24023.

Del mismo modo, **las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad**, adoptada durante la Cumbre Judicial Iberoamericana por los presidentes de las Supremas Cortes de Justicia, y aprobada por esta Corte mediante **Acordada 24.023**, tiene por objeto garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y, entre ellas, a las mujeres, niñas y niños que forman parte de la población vulnerable por hallarse discriminadas en razón de su género.

Ley 26485

A nivel nacional la **Ley 26.485**, estableció criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho.

De esta manera el **art. 16** de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un **estándar de amplitud probatoria** para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el **art. 31** conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las **presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes**.

Jurisprudencia en el sistema interamericano

Por su parte, la jurisprudencia tanto en el sistema interamericano, como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una **visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima**.

La Corte IDH receptó esta problemática por primera vez en el caso “**Castro Castro vs. Perú**”, en donde merituó el testimonio de la víctima como “**necesario y suficiente**” en la **determinación de los hechos**, reiterando esta postura en los casos “**Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega vs. México**”.

En el caso “**Campo Algodonero vs. México**”, la Corte IDH delineó estándares de prueba en supuestos en los que la víctima había fallecido, valiéndose de otros elementos independientes a la declaración de las víctimas para acreditar la violencia desplegada hacia la mujer.

En el caso, consideró suficiente para tener por probado el ensañamiento de carácter sexual padecido por las víctimas, el hallazgo de los cuerpos desnudos y mutilados. Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, en tanto para la acreditación de los hechos constitutivos de la agresión sufrida por la víctima AMGF, ponderó todos los elementos de juicio

incorporados legítimamente al debate bajo los parámetros de valoración que impone la temática en estudio.

Por último, y tal como lo adelantara, entiendo que una sentencia justa que ponga de manifiesto la verdad de los hechos, y la individualización y castigo de su responsable constituye per se una medida de reparación para la víctima y sus familiares.

Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148

En este sentido, la CIDH entendió que forma parte del derecho a la reparación por violaciones de los derechos humanos, en sus modalidades de satisfacción y garantías de no repetición, el **derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública** sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quienes participaron en ellos (cfr. **CIDH, Informe N° 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, 13 de abril de 2000, párr. 148**).

Caso Bulacio c/ Argentina. 18-09-03

En este entendimiento, el ex juez interamericano Augusto Cancado Trindade en su voto razonado en el **Caso Bulacio c/ Argentina**, ya destacó que las reparaciones revisten un doble significado: proveer satisfacción a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, y restablecer el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones (Cfr. Corte IDH, “Caso Bulacio c/ Argentina”. Sentencia del 18 de setiembre del 2003. Serie C, N| 100.Voto razonado del Juez Cancado Trindade, párr. 37).

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables.

Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

b. Acerca de los vicios alegados en la motivación de la sentencia

Conforme lo dicho hasta aquí, entiendo que el juez de sentencia ha valorado la prueba conforme los lineamientos antes reseñados, labor que le permitió tener por acreditado el hecho investigado con el grado de certeza que el dictado de una sentencia condenatoria exige.

En efecto, el a quo destacó inicialmente en la fundamentación del fallo la perspectiva de la que partió para examinar el plexo probatorio en tanto la víctima de la agresión sexual resultó ser una niña dentro del ámbito familiar (fs. 354/355), con lo cual se encuentran cumplidos los recaudos y exigencias reseñadas precedentemente. Veamos.

Contrariamente a lo sostenido por la defensa de G. D., el juez de anterior instancia, consideró que el testimonio de la niña «resultó coherente y convincente ... abundó en detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar» (fs. 355 vta.) y destacó como relevante que la niña pudo narrar a su hermana lo que había vivenciado luego haber tenido clases de educación sexual en el establecimiento escolar al que asistía.

Dicha instrucción le permitió a la niña identificar su vivencia, y de tal modo narrar a su hermana lo que le había ocurrido.

Debe destacarse que fue precisamente su hermana O. la que le refirió a su madre la traumática experiencia vivida por la niña (fundamentos, fs. 355/356 vta).

Este relato de la niña, resultó confirmado por los testimonios de O.E.G.F. y de su madre, A. F.. A su vez los datos y circunstancias narradas resultaron corroborados por el informe practicado por la Lic. María José Herrero del CAI (fs.79 y vta.) que sostuvo que la niña «presentó un correlato emocional, con evidencia de pudor, vergüenza, asco, culpa, ansiedad» (fs. 357).

La misma profesional que confirmó que los síntomas que presentaba la menor al momento de practicar el examen agregado a fs. 79 y vta, llevado a cabo el 23 de junio de 2017, se mantuvieron a la fecha de practicarse el segundo examen, esto es al 3 de octubre de 2018 (fs. 305 y vta.) evidenciando con ello cierta cronicidad en el cuadro psicofísico de la niña.

Así entiendo que el agravio planteado por el impugnante en cuanto menciona supuestas contradicciones en el relato de la víctima, no puede prosperar.

Primero en tanto ello no surge de las constancias de la causa y segundo por cuanto la defensa reedita los argumentos vertidos durante el debate, sin rebatir ni desvirtuar en la instancia casatoria las consideraciones vertidas por el juez de sentencia al abordar la primera cuestión en la sentencia puesta en crisis (fundamentos, fs. 350 vta./352 vta.) Ello conlleva al rechazo del agravio expuesto en tales términos. Descarto, de igual modo, el agravio defensivo relativo a las contradicciones existentes en el testimonio de la niña y el examen médico de fs. 25, en tanto éste último dio cuenta que la niña no presentaba lesiones traumáticas recientes visibles en la superficie genital y anal.

Este examen resultó relevante para la subsunción legal de los hechos puesto que el relevamiento de las constancias y probanzas de la causa, le permitió al Ministerio Público Fiscal al momento de formular los alegatos, por aplicación del art. 2 del CPP, cambiar la calificación legal de abuso sexual con acceso carnal agravado por la de abuso sexual simple, a la vez que solicitó la pena de cinco años de prisión en efectivo (ver fs. 341; fs. 360 vta.).

Dicho cuanto precede, encuentro que el agravio articulado no sólo no atiende las constancias de la causa, sino que además no precisa ni delimita el alcance de su reclamo, lo que me permite compartir el dictamen del Procurador en tanto considera que la pretensión de la defensa de desvincular al imputado no resulta ajustada a las constancias de la causa, apareciendo la estrategia débil y desmoronada a la luz de las probanzas de autos.

En resumen, se desprende que el tribunal inferior merituó con acierto el plexo probatorio de la causa, y **le otorgó credibilidad a la víctima** en tanto su relato encontró sustento en otros elementos de convicción los que fueron valorados acorde a las exigencias legales, sin evidencia de arbitrariedad, como aduce el recurrente.

c. Cuestionamiento del monto de la pena

A idéntica conclusión arribo respecto del agravio relativo al monto de la pena impuesta. La defensa sostiene que la pena resulta infundada, desproporcionada dado que, a su criterio, el juzgador no ha tenido en cuenta la falta de antecedentes y la situación cultural del imputado.

En relación al agravio referido a la omisa consideración del a quo de la falta de antecedentes de G. D., entiendo que no puede prosperar, en tanto la defensa se aparta de las constancias de la causa, dado que el juzgador expresamente consideró que tanto la falta de antecedentes como la situación socio-cultural del encartado operaron como circunstancias atenuantes (fundamentos, fs. 361 vta.)

A lo señalado debe agregarse que en materia de determinación judicial de la pena, la decisión del sentenciante no será arbitraria siempre que la sentencia cumpla, entre otros requisitos, con el deber que de aquélla tarea se desprende, esto es, exponer una fundamentación explícita que haga posible el control crítico-racional en el proceso de individualización seguido.

Siguiendo este criterio, la lectura de la sentencia me permite advertir que el a quo ha determinado en la escala penal aplicable, aquellos criterios de las normas de los artículos 40 y 41 que fundan su decisión y el sentido en que fueron valorados; por lo que su decisión aparece fundada.

En efecto, el a quo consideró como determinante, la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, y el daño ocasionado a la víctima, ya que se trataba de una persona sin experiencia sexual, a la vez que los hechos aquí investigados provocaron una ruptura familiar, atento a la raíz del hecho los padres han quedado enfrentados «... por un lado la madre que apoya a la víctima, y por otro el padre que apoya a su progenitor imputado en autos ...» (fundamento de fs. 361 vta.).

A su vez, y como ya se señaló, consideró como **circunstancias atenuantes la edad del imputado, la falta de antecedentes y con su escasa formación socio cultural.**

Por ello comparto el dictamen del Procurador cuando sostiene que la pena impuesta es ajustada a derecho en cuanto al tipo y a su monto, dado que se encuentra dentro de las previsiones del art. 119 del CP.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver la primera cuestión propuesta al acuerdo en la presente causa, debo referir que comparto la solución que propicia mi colega preopinante.

En lo referente a las consideraciones sobre valoración probatoria con perspectiva de género, me remito –en lo pertinente– a lo oportunamente señalado en los precedentes **“Mejía, Salvado” y “Di Césare”**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes **“Morales Quiroga”, “Cruz Caporiccio”, “Merlo Lassa” y “Ojeda Pérez”**.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, **“Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017**).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la **“Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará -**, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”). En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las “mujeres”. E

n tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, **“el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”**, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» **(art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».**

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la **sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)**».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los

extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de la víctima y los exámenes médico y psiquiátrico realizados a ella.

Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

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

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 367/372 vta, por la defensa de A. R. G. D..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

51- VAZQUEZ TUMBARELLO. 10-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCE IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto, 119, 3° párrafo, 92 en función con el 89 inc. 1° e inc. 11° y 55 del CP. Ley 27499 «Ley Micaela». CEDAW. Belém Do Pará. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Consentimiento de la víctima. Amenazas simples. Lesiones leves dolosas. Vínculo. Violencia de género. Concurso real. In dubio pro reo. Acto jurisdiccional válido.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** con más la inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, abuso sexual con acceso carnal, lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real (artículos 12, 19, 29 inc. 3°, 149 bis, primer párrafo, 1° supuesto, 119, 3° párrafo, 92 en función con el 89 inc. 1° e inciso 11 y 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 467, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b- CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04760968-7/1((018601-18601)) FC/ V. T. L. A. P/ ABUSO SEXUAL CON ACC. CARNAL, AMENAZAS SIMPLES, LESIONES LEVES DOLOSAS (50264) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104838850*

En Mendoza, a los diez días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04760968-7/1 caratulada “FC/ V. T., L. A. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, AMENAZAS SIMPLES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de L.A.V.T. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 467 y sus fundamentos que lo condenó a la pena de seis años de prisión con más la inhabilitación absoluta por igual término, como autor penalmente responsable del delito de amenazas simples, abuso sexual con acceso carnal, lesiones leves dolosas calificadas por el vínculo y por mediar violencia de género en concurso real (artículos 12, 19, 29 inc. 3°, 149 bis, primer párrafo, 1° supuesto, 119, 3° párrafo, 92 en función con el 89 inc. 1° e inciso 11 y 55 del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado el hecho contenido en requerimiento de citación a juicio que da cuenta que «el 10 de junio de 2018, aproximadamente a las 00:00 horas, en el interior del domicilio ubicado en calle ..., L.A.V.T, tras mantener una discusión con su pareja F.J.L, le manifestó “no te metas con mi vida, porque si no te voy a matar” causando con sus dichos temor en la víctima. Luego, aproximadamente diez minutos después el imputado que se había retirado del lugar, volvió a entrar, tomó del brazo derecho a la víctima, la llevó a una cama a la fuerza, le sacó la calza y la ropa interior de la parte de abajo, le tapó la boca y le dijo que se quedara callada, y la penetró con su pene por la vagina mientras la víctima llorando le pedía que no lo hiciera».

Asimismo tuvo por acreditado que el día 18 de junio de 2018, aproximadamente a las 18:30 horas en el interior del domicilio ubicado en ..., el imputado tras mantener una discusión con su pareja FJL la tomó con fuerza de los pelos y ahí le dobló el dedo gordo de la mano izquierda, causándole 3 equimosis de 1 cm de diámetro y 1,5 cm de diámetro en cara anterior de pierna y muslo derecho y equimosis negruzca irregular en 1 y 5 dedo de la mano izquierda.

Para así decidir, el tribunal valoró, entre otros elementos, la declaración de V.T, de F. J. L., de A. Y. L., de la Lic. Lertora, integrante del EPI, la Lic. María Marcia Peregrina, integrante del EDEAAS.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del art. 474 inc. 2 del CPP, por considerar que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

La defensa considera que el tribunal de juicio no ha valorado correctamente las circunstancias de hecho y de derecho conforme a la prueba colectada y, bajo esa perspectiva, entiende que el juez de sentencia debió absolver a su asistido.

Cuestiona la labor del a quo en relación a la valoración del testimonio de la víctima con perspectiva de género, pero expresa que no existió una valoración integral con la totalidad de la prueba incorporada al proceso.

Considera que el informe elaborado por la Lic. Marcia Peregrina (fs. 163), conculca el derecho esencial del encartado de estar debidamente representado por un perito de control, circunstancia que le fue vedada. El recurrente entiende que no ha quedado debidamente acreditado que la **relación de pareja** hubiera sido **violenta** y que el informe de la Lic. Lértora del EPI, no pruebe tal extremo.

Consigna las contradicciones en las que incurrió la denunciante al formular la denuncia y al declarar durante el debate oral.

En cuanto al delito de lesiones, la defensa considera que las pericias médicas de fs. 103 y 156, presentan contradicciones y que no acreditan con certeza que las lesiones constatadas hubieran sido producidas por su defendido.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 451/453, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado. Considera en ese sentido que la defensa **discrepa con la valoración** que efectúa el juzgador de las pruebas producidas en el debate, como así también las que fueron legalmente incorporadas.

Expresa que la fundamentación de la sentencia aparece ajustada a las previsiones legales, de lo que infiere que el ataque de la defensa consistente en atribuir una fundamentación parcial y arbitraria carece de todo sustento.

Ello atento a que se encuentra acreditada tanto la violencia, las lesiones, el temor fundado por las amenazas proferidas, como el abuso sexual todo inmerso en una **relación de desigualdad, maltrato y descalificación**.

Por ello entiende que los vicios reflejan la disconformidad del quejoso, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el sentenciante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, entiendo oportuno destacar que la motivación de la sentencia cuestionada es suficiente a los fines del mantenimiento como **acto jurisdiccional válido**, toda vez que reviste los caracteres de clara, completa, expresa, legítima y lógica. (L.S. 399:210, 386:156 entre otros).

A ello agrego que, tal como surge de las constancias que se tienen a la vista, el caso se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer lo que ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional.

Por ser así, entiendo oportuno recordar algunas breves consideraciones en orden a la valoración probatoria en los supuestos de violencia de género, fueron formuladas al expedirme en diversos precedentes (ver al respecto «**Ojeda Perez**»; «**Cruz Caporiccio**»; «**Merlo Lazza**», entre otros).

Precedente Ojeda Pérez.

Particularmente en el **precedente Ojeda Pérez** (sentencia leída el 22 de agosto de 2019) destacué la necesidad de que «el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

También consideré que ese texto normativo vino a imponer un verdadero «deber jurídico» para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas.

Obviamente que ese deber jurídico al que acabo de hacer referencia, no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Así es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: **i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16).**

Estimé en aquella oportunidad y en función de lo reseñado que el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

Es que, según entiendo, el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

En razón de las consideraciones señaladas, en el precedente de referencia concluí que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos **parámetros interpretativos que hacen al contexto** dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

Ley 27499. Ley Micaela. Acordada 29318.

Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, corresponde también mencionar la **Acordada N° 29.318** y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas.

Tal como surge del escrito casatorio y de la audiencia celebrada con motivo del informe oral expresamente solicitado por la defensa de V. T. (art. 480 CPP) el defensor cuestiona la valoración del plexo probatorio, sus críticas se centran en la ponderación del testimonio de la víctima por otro lado argumenta que en el caso existió **consentimiento** por parte FJL en cuanto a la relación sexual que habría mantenido con el acusado y finalmente la inexistencia de las lesiones padecidas por FJL se impone la absolución de V.T. Analizada la sentencia atacada a la luz de las consideraciones antes realizadas, encuentro que **no adolece de los vicios** que pretende el recurrente.

Ello en tanto, encuentra sustento en la totalidad de las pruebas rendidas, instrumental, las declaraciones de la víctima, del imputado, peritos y demás testigos que declararon en el debate que el juzgador valoró en contexto de género y conforme las normas de la sana crítica racional y reglas de la unidad de la unidad de la prueba.

De conformidad con los lineamientos sobre valoración de la prueba con perspectiva de género antes expuestos, debe destacarse que el a quo consideró que la declaración de FJL resultó **«confiable, coherente, integrada, exenta de todo vestigio de venganza o animosidad** e inmersa por largos momentos en el correlato emocional propio de la mujer que sufre violencia doméstica (angustia, llanto espontáneo) cuando debió recordar algunos de los episodios más traumáticos sufridos, como en el caso de los abusos sexuales» (fundamentos, fs. 405).

La defensa cuestiona la valoración del testimonio de la víctima al que califica de contradictorio, incluso confuso en relación a las fechas en las que sucedieron los hechos investigados; sin embargo esto ha sido objeto de específico análisis por parte del juzgador sobre la base del aporte de la Lic. Lértora, que «por la situación traumática vivenciada, es posible que en el relato la víctima pueda omitir algunas precisiones sobre detalles temporales».

Lo relevante en el caso concreto para el sentenciante es que la víctima, mantuvo un discurso constante, coherente, uniforme que le permitió asignar plena validez a sus dichos, en tanto los mismos aparecieron claros, precisos y concordantes. Ahora bien, a lo señalado agregó que existen otros elementos probatorios que sustentan los dichos de la denunciante; así el testimonio de Antonella Ledesma quién confirmó lo nuclear de lo declarado por la víctima. Esta testigo aclaró que V.T se mostraba agresivo incluso delante de los hijos de la víctima.

Asimismo el sentenciante valoró la encuesta ambiental realizada en la que E. G. y J. R., confirmaron que, a la vista de los vecinos el acusado y la víctima mantenían una relación conflictiva. Agregaron también que presenciaron situaciones de violencia física, donde V.T golpeaba con los puños a FJL e incluso la tironeaba del cabello.

También debe destacarse la valoración del informe de la Lic. Sofía Lértora (fs. 98/99) indicó que la víctima padeció violencia física, psíquica y sexual. Ésta refirió que los hechos que contaba la víctima resultaban creíbles, lo que surgía no sólo de sus palabras, sino del correlato emocional que observó. En otro orden debe señalarse que durante el debate la Lic. María Marcia Peregrina ratificó el contenido del informe de fs. 168/169, cuya labor profesional fue cumplida en conjunto con el Lic. Santiago Díaz. Ambos profesionales dieron cuenta, al igual que la profesional indicada con anterioridad que FJL fue víctima de violencia física, síquica y sexual.

Destacaron además que el relato de aquella resultó coherente por los detalles que aportó, el contexto y las situaciones que comentaba sobre los ataques físicos y sexuales y, también por el correlato emocional.

Al plexo de elementos valorados, debe agregarse la ponderación del informe de la Dra. Gómez quién sostuvo que V.T tiene una personalidad inestable con conductas impulsivas, pudiendo desbordarse conductualmente ante situaciones de tensión y al ser estimulado de manera negativa (fs. 407).

A su vez el Dr. Profili, reportó que el acusado «es dueño de una personalidad inmadura, ansiosa, con escasos recursos internos para afrontar conflictos y escaso control de los impulsos» (fs. 407). Por su parte los informes de estos dos profesionales respaldaron los dichos de la denunciante, cuando en su declaración sostuvo que el imputado consumía alcohol y cocaína. Resta descartar la hipótesis de la defensa al alegar que los encuentros sexuales de V.T y FJL fueron consentidos (fs. 412).

En este orden, el juzgador sostuvo adecuadamente a mi criterio que si bien la sexualidad en un pareja constituye un ámbito específico que debe ser mantenido al margen de la injerencia del derecho penal, en el caso particular, resultó evidente que **el disenso manifestado por la víctima** se produjo en el marco de una relación violenta y asimétrica de poder.

En ella FJL sufrió situaciones de sometimiento que la colocó en situación de inferioridad psíquica, física, económica, respecto del acusado quién con sus comportamientos agresivos y humillantes logró crear un ámbito de constante presión, miedo y/o o temor.

Consentimiento reversible.

También comparto la apreciación del juez de la instancia anterior vinculada a que el consentimiento para mantener relaciones sexuales, aún en el ámbito de una pareja es reversible por lo que «nunca puede darse por sentado basado en la conducta precedente», «en cada relación sexual que se pretende llevar a cabo dentro de una pareja, la mujer tiene derecho a dar su consentimiento o no en cada práctica» (fs. 416 vta).

Estas apreciaciones del juzgador que como dije comparto plenamente sumado a las consideraciones relacionadas con la declaración de FJL antes realizadas habilitan legítimamente la exclusión de la pretensión de la defensa vinculada al consentimiento en la relación sexual.

Así se evidencia en el reclamo casatorio una diversa interpretación de los elementos probatorios valorados por el juzgador en el contexto de violencia de género.

De tal manera las contradicciones y confusiones de la víctima que la defensa considera decisivas (fs. 433 vta.) han sido explicadas adecuadamente por el juzgador sobre la base de las probanzas de la causa. En otro orden también debe destacarse la pretensión de la defensa vinculado al origen de las lesiones en FJL. Ello en tanto constituye una apreciación sin sustento alguno en las probanzas de la causa; en efecto las lesiones de la víctima fueron constatadas por la Dra. Marcela Godoy del Cuerpo Médico Forense (fs. 103) que dio cuenta que presentaba tres equimosis de 1 cm de diámetro y otra de 1,5 cm de diámetro en cara anterior de pierna y muslo derecho y que presentaba una equimosis de color negruzca irregular en el 1° y 5° dedo de mano izquierda.

El defensor propone una hipótesis que pretende explicar tales lesiones sobre la base de que FJL se habría caído de una moto. Tal extremo no encuentra respaldo alguno en las constancias de la causa, por lo que no puede ser recibido en esta instancia.

Ello desde que constituye una interpretación sin más base que su opinión personal aislada del resto del material probatorio así como el contexto en que ocurrió el abuso sexual objeto de este proceso y al que he hecho referencia en los párrafos que anteceden.

Finalmente, considero que tampoco puede prosperar el cuestionamiento formulado por la defensa respecto a la imposibilidad de control del informe de fs. 168 y vta. Según surge de la compulsión de autos, se encuentra agregada una constancia de comunicación telefónica con el Dr. Canale, por entonces

defensor técnico de V.T, a quién se le notificó día y hora de la realización del examen a la víctima en el EDEAAS. Expresamente aquel profesional manifestó que no iba a proponer perito de control como lo autoriza el art. 250 del CPP (fs. 146). A su vez y, de no menor relevancia es que el representante del Ministerio Público Fiscal, en las oportunidades previstas por los arts. 364 y 367 del CPP, ofreció como prueba expresamente el informe de fs. 168 y 169 (fs. 303 y 304, 305 y vta.) sin cuestionamiento por la defensa.

En función de lo expuesto considero que el planteo fue debidamente rechazado por el tribunal de instancia anterior, por lo que también se impone su rechazo en esta instancia.

En síntesis, a través de la vía recursiva interpuesta la defensa cuestiona la valoración de los elementos de prueba obrantes en la causa, pero tal labor la lleva delante de manera fragmentada, sin abarcar la totalidad del plexo probatorio que a mi criterio, insisto, acredita la plataforma fáctica que sustentó la acusación del Ministerio Público Fiscal.

Por ello, **no resulta viable la pretensión de la defensa de aplicar el art. 2 del CPP**, por cuanto la fundamentación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, por parte del tribunal (L.S 419-17;397-237;388-024; 388-62). Por tales razones, y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, POR SU VOTO, DIJO: Puesto a resolver la primera cuestión propuesta al acuerdo en la presente causa, debo referir que comparto la solución que propicia mi colega preopinante. En lo referente a las consideraciones sobre valoración probatoria con perspectiva de género, me remito –en lo pertinente– a lo oportunamente señalado en los **precedentes «Mejía, Salvador» y «Di Césare»**. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO ADARO, DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de L. A.V.T.

Perspectiva de género y su vinculación con el principio in dubio pro reo. Precedente Ruiz Gutiérrez.

En especial, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

En este sentido, debo mencionar que en el precedente **«Ruiz Gutiérrez»** señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima en razón de su género.

Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el **principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión**, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Regla decisoria en el plano procesal. Cara externa- cuantitativa-. Cara interna-cualitativa-.

Destaqué también que el referido principio **como regla decisoria en el plano procesal**, presenta dos caras que operan de manera articulada, **una cara externa**, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y **otra interna o cualitativa**, orientada al **valor** que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género **no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio** en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver Cf. Corte IDH, Caso del penal **Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; **Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar**, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y **CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros**).

Precedente Galdeano Reyes.

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «... **una problemática compleja** que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, **se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales**. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, **exceden un abordaje meramente jurídico** en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– **debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática**, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la **víctima y sus familiares, sino también a la sociedad** en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (**ver «Concha, Jesús y ots.»**).

Expresé en el precedente señalado que «[e]n pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones.

Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (**Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**)».

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una **mirada integral de la problemática**.

Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el **ciclo de violencia** tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las **imprecisiones en el relato de la víctima**, tal como lo justificó el sentenciante.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios, omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de L.A.V.T.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

52- PUEBLA ARIAS. 12-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	NNA	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474 466

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcPAJ.pdf

Lex: Art. 119 párrafos 1° y 3° en función del 4° párrafo, incs. b) y f), 54 y 55, 59, 62, 63, 67 del CP. Ley 26705. Ley 27206

Vox: Abuso sexual. Acceso carnal. Encargado de la guarda. Número indeterminado de hechos. Concurso real. Sobreseimiento. Apelación. Extinción de la acción penal. Retroactividad de la ley penal. Tutela efectiva. Interés superior del niño. Prescripción. Principio de legalidad. Irretroactividad de la ley penal más gravosa.

Summa:

La **Segunda Cámara del Crimen-2° CJ**, decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra el auto de sobreseimiento, y, en consecuencia, **revocó dicha resolución de sobreseimiento respecto de los hechos calificados como «abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por ser el encargado de la guarda en concurso ideal -en un número indeterminado de hechos- todos en concurso real»** (arts. 119 párrafos 1° y 3° en función del 4° párrafo, incs. b) y f), 54 y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió **anular la resolución** proveniente de la ex Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos incorporados en soporte audiovisual, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el nuevo tribunal que entenderá en los recursos de apelación planteados por la representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa particular del acusado.

Resolución cuestionada: Resolución pronunciada por el Segunda Cámara del Crimen -2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Prescripción.

- Lucero Ramírez. 20-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190820_FcLRE.pdf
- Lemos Delfino. 17-8-18. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Las agresiones sexuales configuran para la víctima una innegable violación a sus derechos de indiscutible contenido gravoso, sin embargo las mismas no pueden ser consideradas como graves violaciones a los derechos humanos. Por lo que, no toda conducta criminal que vulnere un derecho humano, supone una grave violación, y, por lo tanto, pasible de ser imprescriptible.

- Fernández P. 30-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

b-CIDH

- «García Astro y Ramírez Rojas vs. Perú». 25-11-05. Parágrafo 187.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=316

- «Fermín Ramírez vs. Guatemala». 20-06-05. Parágrafo 90.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=265

Parágrafos destacados

“ En este punto cabe remitir a las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que apoyaron la solución adoptada en los **precedentes «Lemos Delfino» y «Fernández Pedro»**, que indica que, por la forma en la que está legislada, la prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de «ley penal» y, con ello, que las consecuencias sistemáticas que se desprenden de la plena vigencia del principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal, también deben aplicarse a los supuestos en que se pretende aplicar un plazo de prescripción de manera retroactiva (sentencias leídas el 17 y 30 de agosto de 2018). En el esquema argumental sostenido por esta Corte, entonces, puede afirmarse que no sólo las **leyes** dictadas por el Congreso Nacional (en el contexto del caso, las mencionadas **26.705 y 27.206**), sino también una **Convención, no pueden ser aplicadas en detrimento de otros principios** que han sido reconocidos por la labor constituyente como **pilares fundacionales de nuestro Estado Constitucional de Derecho**. La necesidad de **protección a las víctimas** que contemplan los instrumentos internacionales de derechos humanos invocados por el tribunal a quo no implica, inexorablemente, la aplicación del derecho punitivo, puesto que «la persecución penal -sin respeto a las **garantías del individuo**- invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto» (fallos: 330:3248, disidencia del juez Carlos Fayt). “

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro (Licencia).

(M.M.)

Fallo.

RECURSO APELACION EN AUTOS P-13479/18 F. C/ P. A., J. H. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE REITERADO (5395) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104420143*

En Mendoza, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04343908-6/1, caratulada "F. C/ P. A., J. H. P/ ABUSO SEXUAL SIMPLE REITERADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de J.H.P.A. interpone recurso de casación (fs. 14/24) contra la resolución proveniente de la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial que decidió, en función de apelación y en el marco de los autos P-13.479/18, rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado y hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal contra el auto de sobreseimiento obrante a fs. 154/157 y, en consecuencia, revocó dicha resolución de sobreseimiento respecto de los hechos calificados como «abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por ser el encargado de la guarda en concurso ideal -en un número indeterminado de hechos- todos en concurso real» (arts. 119 párrafos 1° y 3° en función del 4° párrafo, incs. b) y f), 54 y 55 del CP) (fs. 12 y vta.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, actuando en función de apelación, consideró, por un lado, que el sobreseimiento dictado a favor de J.H.P.A por haberse operado la **extinción de la acción penal** debía confirmarse respecto de los hechos calificados como «**abuso sexual simple reiterado** -en un número indeterminado de hechos-».

Respecto de los delitos intimados como «abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por ser cometido por el encargado de la guarda en concurso ideal -en un número indeterminado de hechos, todos en concurso real-», el tribunal a quo entendió que **el sobreseimiento del que gozaba el acusado debía ser revocado**.

Al respecto advirtió que debía aplicarse lo dispuesto en el **art. 63 del CP, según la modificación de la derogada ley 26.705**, en tanto que establecía que, en los delitos contra la integridad sexual cometidos contra menores de edad, **el curso de la prescripción de la acción penal correría a partir de que la víctima alcanzase la mayoría de edad**.

Así, el tribunal de mérito contempló los diferentes tipos penales y escalas en juego, y consideró que le asistía razón al defensor sólo en cuanto a que había prescripto la acción penal de los hechos calificados como abuso sexual simple.

Ello atento a que, a partir de que la víctima alcanzó la mayoría de edad, transcurrió el máximo de la pena prevista para dicho delito sin que se produjeran causales de interrupción o suspensión del plazo.

Respecto de los demás delitos acusados, el tribunal advirtió que **el término máximo de prescripción de la acción penal es de 12 años y afirmó que la acción no se había prescrito**, puesto que desde que la **víctima cumplió los 18 años de edad (año 2007)** y hasta que el imputado fue citado a prestar **declaración indagatoria (año 2018)**, no había transcurrido ese plazo máximo de **12 años**.

Para así decidir, el a quo sostuvo que a partir de la sanción de dicha ley el sistema penal argentino receptó el derecho a la **tutela judicial efectiva de niños, niñas y adolescentes**, consagrado en la **Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Belem do Pará**, y que, por consiguiente, **la modificación del art. 63 del CP** debía ser analizada en el presente caso.

Expresó al respecto que el cómputo del plazo de la **prescripción suscita un «conflicto aparente» entre bienes jurídicos de igual jerarquía, como lo son el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, y el interés superior del niño**, marco en el que apoyó la doctrina y la jurisprudencia que subordinan aquellos primeros principios a la prevalencia del interés superior del niño (ver soporte audiovisual, minuto 7:20 en adelante).

En este sentido, citó jurisprudencia que avala su postura y dijo que el **fundamento para aplicar retroactivamente la ley** que implementa nuevas causales de suspensión de la ley penal radica en la imposibilidad de los niños, niñas y adolescentes de contar con un acceso efectivo a la justicia, razón por lo que resolver la prescripción de la acción penal con base en la idea que indica que la reforma legislativa ha sido posterior al agotamiento del plazo de prescripción, implicaría contrariar las obligaciones asumidas por el Estado argentino al incorporar dichos tratados internacionales al sistema jurídico nacional (ver soporte audiovisual, minuto 12:20 en adelante).

Asimismo, el tribunal indicó que, ante la controversia suscitada en torno a la **naturaleza jurídica del instituto de la prescripción, apoyaba la posición «procesalista»** y, conforme con ella, dijo que cualquier modificación de las reglas sobre prescripción y su aplicación **en manera retroactiva no viola el principio de legalidad**, toda vez que las **reglas sobre prescripción** no forman parte de la regla de derecho sobre lo que se apoya el reproche penal.

Citó doctrina y Jurisprudencia que, según su criterio, avala dicha postura (ver soporte audiovisual, minuto 19:30 en adelante).

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación en virtud de lo dispuesto en el art. 474, incisos 1° y 2° del CPP.

Indica que el decisorio dictado por el tribunal a quo carece de fundamentación lógica y adolece de argumentación falsa, aparente y contradictoria, y manifiesta que la **errónea aplicación de la ley sustantiva reside en la declaración de prescripción** sólo respecto de los delitos de abuso sexual simple reiterado, y no respecto de los demás delitos acusados.

Sostiene que entre la presunta comisión de los hechos denunciados y el llamado a indagatoria del imputado habrían transcurrido 17 años, es decir, que se ha cumplido en exceso el plazo máximo de prescripción para las penas temporales -acorde con lo dispuesto en el artículo 62 inc. 2 del CP-.

Entiende que al a quo le resultaba imperativo aplicar esta norma para preservar el respeto a los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de la ley penal.

Considera que la resolución recurrida causa un gravamen irreparable al imputado, por lo que solicita que sea revocada admitiendo la prescripción de la acción penal en su beneficio.

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente y que debe confirmarse la validez de la resolución a impugnada.

Al respecto, indica que la decisión del tribunal a quo ha sido debidamente fundada y comparte que no ha transcurrido el plazo previsto para considerar prescripta la acción penal relativa a los hechos calificados como abuso sexual agravado por el acceso carnal y la situación de guarda.

Indica que, atento a la **naturaleza procesal de la acción penal, la normativa vinculada a la extinción de la misma conservaría dicha naturaleza, aunque se encuentre contenida en la ley de fondo**. A partir de esta premisa determina la improcedencia del recurso de casación. Ello puesto que, al admitir que la ley controvertida es una norma de naturaleza procesal, no rige la prohibición de aplicación retroactividad de la ley penal más gravosa.

Por ello, a efectos del **cálculo del plazo de la prescripción**, estima que rige el principio de aplicación de la ley vigente al tiempo del cómputo. Cita doctrina que estima reforzadora de su postura y afirma que, en tanto que las reglas de prescripción no expresan el juicio de disvalor que subyace al injusto culpable, su eventual modificación no altera el reproche social del hecho y, por lo tanto, no se encuentra cubierta por la ratio de la aplicación retroactiva de la ley más benigna. Repasa los dichos de la víctima, acerca de la dificultad para denunciar los hechos a través del tiempo.

Señala en este aspecto que, al momento de sucederse los hechos, se encontraban vigentes los principios jurídicos que motivaron la modificación legislativa de las causales de suspensión del curso de la prescripción, para el caso de ataques a la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes. Finalmente, postula que el recurso es asimismo improcedente en virtud de la preeminencia del principio general del interés superior del niño por sobre el principio de irretroactividad de la ley penal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero que corresponde hacer lugar a la impugnación presentada por la defensa del acusado y, en consecuencia, anular la resolución recurrida. Previamente, y a fin de explicar las razones que escudan la solución propuesta, entiendo oportuno hacer un repaso de los hechos que forman parte de la plataforma investigada.

Según se desprende del acta de imputación formal, «para fecha que no puede ser precisada, en el período comprendido entre el año 2000 y 2002 aproximadamente y hasta el momento en que la víctima tiene la primer menarca a los trece años de edad aproximadamente (año 2002), generalmente en horario de tarde, el Sr. J.H.P.A pasaba a buscar a ... R. M. N., en oportunidad en que ésta se retiraba de su domicilio o salía de la escuela ... y la llevaba a un local comercial mini mercado en el Barrio ... que era propiedad del imputado o a su domicilio en calle En dichos lugares, P. realizaba tocamiento impúdicos en los pechos a la menor, le sacaba la ropa, la obligaba a practicarle sexo oral en ocasiones eyaculando en su boca y le practicaba sexo oral, practicando dicha acción sexual sobre la parte íntima de la menor, conducta que fue llevada a cabo mediante el uso de violencia física y moral, siendo que la sujetaba de la cabeza logrando el sometimiento de la víctima y en otras oportunidades la accedía carnalmente vía vaginal y anal».

Tal plataforma fáctica le fue imputada al acusado como «abuso sexual simple reiterado (en un número indeterminado de hechos), abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado por ser el encargado de la guarda en concurso ideal (en un número indeterminado de hechos) todos ellos en concurso real en calidad de autor» (ver fs. 154 y vta.).

Ahora bien, según advierto, la cuestión aquí controvertida ya fue ampliamente abordada por esta Sala al expedirse, *mutatis mutandi*, en el marco de otros casos a los que referiré para fundar mi propuesta.

Atento a que no existen argumentos con la entidad suficiente para controvertir lo dicho por este Cuerpo en tales precedentes, la solución en este caso debe respetar la línea interpretativa ya esbozada y, consecuentemente, optar por acoger el recurso presentado por la defensa. Brevemente, la decisión del tribunal a quo avala una aplicación retroactiva de la causal de suspensión del curso de la prescripción incorporada por la ley 26.705 al art. 63 del CP (luego derogada, modificada e incorporada al art. 67 del CP por ley 27.206) y, ello, sólo respecto de los hechos que fueron calificados como supuestos de abuso sexual con acceso carnal agravado.

Sin embargo, para fundar dicha postura y, de ese modo, superar la prescripción de la acción penal de hechos cometidos entre los años 2000 y 2002, el tribunal no ha dado argumentos capaces de hacer variar la postura de este Cuerpo.

Respecto de la pretendida **supremacía del interés superior del niño** por sobre otros institutos de derecho público, como lo son el **principio de legalidad y su corolario en el principio de irretroactividad** de la ley penal más gravosa, resulta útil recordar lo establecido en la causa «**Lucero Ramírez**».

En efecto, allí se dijo que no existe ninguna regla del derecho internacional de los derechos humanos que obste a que los Estados partes establezcan reglas de prescripción de la acción penal respecto de delitos de abuso sexual cometidos por personas particulares que no son agentes del Estado, ni obran con su aquiescencia o bajo su dirección.

Asimismo, que tal circunstancia se ve reforzada con el hecho de que el abuso sexual u otras formas de abuso sexual infantil no están comprendidos en ninguna disposición de un tratado que establezca su imprescriptibilidad y tampoco puede inferirse del derecho internacional general la existencia de una regla consuetudinaria a la que se le reconozca carácter obligatorio, según la cual los Estados tendrían prohibido someter tal clase de delitos a algún régimen de prescripción (sentencia leída el 20/08/2019).

Por otro lado, no ha explicado el tribunal por qué deben variarse las precisiones realizadas sobre el **sentido sustancial del instituto de la prescripción** y su relación con el principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal más gravosa.

En este punto cabe remitir a las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que apoyaron la solución adoptada en los precedentes «**Lemos Delfino**» y «**Fernández Pedro**», que indica que, por la forma en la que está legislada, la prescripción de la acción penal es un instituto que se encuentra comprendido en el concepto de «ley penal» y, con ello, que las consecuencias sistemáticas que se desprenden de la plena vigencia del principio de legalidad y la irretroactividad de la ley penal, también deben aplicarse a los supuestos en que se pretende aplicar un plazo de prescripción de manera retroactiva (sentencias leídas el 17 y 30 de agosto de 2018).

En el esquema argumental sostenido por esta Corte, entonces, puede afirmarse que no sólo las leyes dictadas por el Congreso Nacional (en el contexto del caso, las mencionadas **26.705 y 27.206**), sino también una Convención, no pueden ser aplicadas en detrimento de otros principios que han sido reconocidos por la labor constituyente como pilares fundacionales de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

La necesidad de protección a las víctimas que contemplan los instrumentos internacionales de derechos humanos invocados por el tribunal a quo no implica, inexorablemente, la aplicación del derecho punitivo, puesto que «la persecución penal -sin respeto a las garantías del individuo- invertiría la función que los

derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto» (fallos: 330:3248, disidencia del juez Carlos Fayt).

En este entendimiento puede destacarse lo sostenido por la Corte IDH al señalar que los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de los órganos estatales en un Estado de Derecho, «particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo» (casos «**García Astro y Ramírez Rojas vs. Perú**», del 25 de noviembre de 2005, parágrafo 187; y «**Fermín Ramírez vs. Guatemala**», del 20 de junio de 2005, parágrafo 90).

Por ello, aplicar en este caso las causales de suspensión de la acción penal introducidas por leyes que fueron incorporadas al régimen jurídico con posterioridad a la fecha en que se habrían producido los hechos denunciados, tal como pretende el tribunal a quo para revocar el sobreseimiento del acusado, acarrearía la violación de derechos que han adquirido jerarquía constitucional. La ley 26.705 (y menos aún la ulterior 27.206) no constituye, desde el punto de vista de los derechos del imputado, una ley más benigna, sino en todo caso, legislación cuya aplicación empeora considerablemente su situación, con toda claridad.

Dicho todo lo anterior, entonces, debe rescatarse el razonamiento del ex Juzgado de Garantías de la Segunda Circunscripción Judicial que, atento a la fecha en la que se habrían producido los hechos denunciados, el tiempo transcurrido entre esa fecha y el plazo máximo del curso de la prescripción de la acción penal, y, de conformidad con el régimen legal aplicable a la fecha de los hechos -ley 25.188-, la falta de circunstancias suspensivas o interruptivas de dicho curso de prescripción, dictó el sobreseimiento del acusado respecto de todos los hechos acusados (**ver arts. 62 inc. 2 y 67 del Código Penal según ley 25.188 -B.O. 01/11/99**).

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de J.H.P.A. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la resolución proveniente de la ex Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, obrante a fs. 12 y sus fundamentos incorporados en soporte audiovisual, y reenviar las actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el nuevo tribunal que entenderá en los recursos de apelación planteados por la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 180 de la compulsua acompañada) y por la defensa particular del acusado (fs. 1 y vta. del incidente de apelación). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Anular la resolución proveniente de la ex Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 12, y sus fundamentos incorporados en soporte audiovisual.

2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que la OGAP determine el nuevo tribunal que entenderá en los recursos de apelación planteados por la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 180 de la compulsa acompañada) y la defensa particular del acusado (fs. 1 y vta. del incidente de apelación).

3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de diciembre de 2019.-

53- GONZALEZ. 20-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcGFL.pdf

Lex: Art. 119, 3° párrafo del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Abuso sexual. Acceso carnal. Violencia de género.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión** por el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica, y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 768, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

I- Valoración probatoria en materia de violencia de género. Perspectiva de género:

- Concha, Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Di Cesare Morales. 26-06-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=156>
- Mejía Salvador. 10-09-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=197>

b- CSJN

- Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

c- CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

- Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es fer

Doctrina citada

CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; parr. 17

<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017.

<https://www.unicef.org/argentina/media/1521/file/Abuso%20sexual%20infantil.pdf>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04790899-4/1((038601-27473)) FC/ G.F.L. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (27473) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104870208*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04790899-4/1, caratulada "F. C/ G., F.L. P/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado F.L.G.N. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 768 (fs. 67 y vta.) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de seis años de prisión por el delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 tercer párrafo del C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P-27.473/18 por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo que aquí interesa, tuvo por acreditado que «en fecha 1 de abril de 2018, aproximadamente a las 23:00 hs., en momentos en que la víctima A.J.B.U. se encontraba en el domicilio sito en calle ..., el imputado F.L.G.N (ex pareja) previo golpear a la víctima y lesionarla, le manifestó: «no vas a ver más a los niños, te voy a matar, los voy a matar a todos, al que se meta lo mato». Luego le rompió una remera mangas cortas de color lila y un corpiño de color rojo con encaje, le bajó el pantalón y la bombacha, y la accedió carnalmente por la vagina durante quince minutos aproximadamente hasta eyacular».

Para así decidir, el sentenciante valoró entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de la víctima A.B.U., E.U. y C.G., los exámenes psicológicos y físicos practicados a Antonella Bragini Urbietta, y demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, sustenta su queja en la inobservancia del art. 416 incs. 3 y 4 del CPP, por considerar que la sentencia cuestionada carece de una correcta valoración de la prueba rendida en el debate y omite valorar prueba de descargo.

Alega en tal sentido, que el sentenciante para considerar acreditada la versión de los hechos brindada por A.B., sólo meritó los resultados de los exámenes psíquicos realizados a la víctima y al imputado, como así también, lo manifestado por la madre de la víctima, E.y C.G., padre del imputado, quien aseguró que su hijo le pegó a A. un mes antes de los hechos investigados. Aclara en este punto, que el informe psicológico al que hace referencia el juzgador fue realizado en los primeros momentos de la investigación, el día 2 de

abril del 2018, sin considerar que la testigo en audiencia de debate cambio su relato en algunas circunstancias.

Ello –según entiende el recurrente– constituye un indicio cierto de que A. mintió con fines gananciales, extremo que fue aclarado por el Lic. Vega en la audiencia de debate. Por otro lado, señala que el juzgador sólo hizo hincapié en el informe de los peritos a los fines de acreditar el sometimiento que ejercía González respecto de la víctima. Agrega que a partir de este elemento de juicio el juzgador pretendió tener por acreditado que en otras oportunidades el imputado la golpeaba, como así también, los golpes propinados por el imputado a la víctima el día 1 de abril de 2018, pero nada dice respecto del delito imputado en autos. Agrega que el Lic. Diego Vega en la audiencia oral dio su punto de vista en relación a los aspectos por él cuestionados de estos informes, los que no fueron tratados por el juzgador. Por otro lado, señala que el juez de sentencia no valoró la prueba ofrecida por su parte y que desarrolló en sus alegatos. En este sentido, advierte que el sentenciante no hace referencia al informe físico que acredita que no se observan en la víctima lesiones genitales compatibles con un abuso sexual. Expresa que el a quo tampoco brinda razones que justifiquen por qué se apartó de las conclusiones brindadas por los profesionales intervinientes. Del mismo modo, señala que el sentenciante omitió considerar el examen de laboratorio con respecto a hisopos perianales, bucales, perivulvares, anales y vaginales realizados a la víctima, los que dieron resultado negativo en cuanto al hallazgo de PSA y espermatozoides. Cuestiona que el juzgador se apartó del relato de A.B. al momento de considerar la credibilidad de su versión. Ello por cuanto aquella manifestó que cuando estaba siendo abusada por G. fue mordida por éste en el cuello. Sin embargo, la defensa sostiene que esta lesión no pudo ser constatada. Del mismo modo, indica que no se pudo constatar el rasguño que, según lo manifestado por la víctima, le habría realizado al imputado en el momento del hecho, en tanto el examen físico efectuado a G. indica que éste no presentaba lesiones visibles. Refiere que el sentenciante tampoco valoró las testimoniales de C.R.M.O., C.C.H., J.M.G.M., L.J.H., E.L., C.E.G.. De igual modo, que tampoco ponderó debidamente el testimonio brindado por la niña M.C.G. mediante Cámara Gesell, quien manifestó que al momento de los hechos su hermano T.G. G. y su madre vivían en la casa de su padre. Sostiene la defensa que este testimonio desvirtúa lo sostenido por la víctima, en tanto aseguró que hacía dos meses que no vivía con el imputado. Finalmente, se agravia por entender que el juzgador para llegar a la certeza sobre los extremos de la imputación incorporó de oficio y en forma arbitraria una prueba elemental como es el informe de fs. 27, en donde se describen las lesiones que habría sufrido la víctima. Con base a lo expuesto, solicita se case la sentencia y se disponga la absolución del imputado F.L.G. en orden al delito atribuido o, subsidiariamente, la nulidad de la resolución cuestionada de conformidad a lo previsto en el art. 416 incs. 3 y 4 del CPP. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear la nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Destaca que en la fundamentación del fallo el juzgador explicó los motivos por los cuales entendió que los dichos de la víctima no podían ser considerados falsos y para ello tuvo en cuenta la existencia de corroboración periférica por parte de otras pruebas debidamente incorporadas al debate, las que fueron ponderadas adecuadamente por el tribunal de sentencia. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

De manera previa cabe aclarar que si bien la defensa ha aludido a que su presentación se encuentra fundada en las causales previstas en el art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, en esencia, su recurso contiene sólo agravios de carácter formal.

Por ello, en lo que sigue me abocaré a explicar por qué los vicios invocados no pueden ser recibidos en tanto, y tal como adelantara, no advierto en la sentencia cuestionada vicios capaces de calificarla como un acto jurisdiccional inválido. Ante todo debo señalar que los distintos agravios expresados por el censurante se dirigen, en definitiva, a cuestionar la credibilidad del testimonio brindado por la víctima A. B..

Por tal motivo, para comenzar con el análisis de los fundamentos de la resolución cuestionada, entiendo oportuno destacar que el Tribunal de sentencia consideró que el hecho que se le atribuía al imputado, y por el que fue condenado, aconteció en un contexto de violencia de género, aspecto soslayado por el censurante en la construcción de sus argumentos defensistas.

En este entendimiento, el juzgador al momento de valorar los distintos elementos de juicio siguió los estándares internacionales en materia probatoria en casos de violencia contra la mujer por razones de género.

De este modo, el testimonio brindado por la víctima ocupó un lugar privilegiado en la construcción de su razonamiento (ver registros audiovisuales, «Fundamentos», a partir del minuto 6:20). En este sentido, me interesa destacar -tal como he señalado en pronunciamientos anteriores (ver «**Galdeano Reyes**», «**Merlo Lassa**», **entre otros**)-, que la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática, especialmente relacionada a la ponderación del testimonio de la víctima (Cf. Corte IDH, Caso del penal «**Castro Castro vs. Perú**». Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N° 160; Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; **Caso «Fernández Ortega y otro vs. México**». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y C.S.J.N. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

Ley 26485

A nivel nacional la **Ley 26.485**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el **art. 16** de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos «teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos», en tanto el **art. 31** conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo

lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes.

Precedente Galdeano Reyes.

Expresamente referí en el **precedente «Galdeano Reyes»** que «... analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Precedente «Concha, Jesús»

En este entendimiento, y en lo que respecta a abusos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, destaque en el **precedente «Concha, Jesús»** que «a fin de tener una mayor comprensión de esta problemática, debemos analizar el tema a partir de dos premisas fundamentales: i) la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres; y ii) que los patrones de discriminación estructural que padecen las mujeres proveen el escenario donde se reproduce y fomenta la violencia sexual (cfr. CIDH, **Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011; párr. 17)**».

De este modo, y como adelantara, el juzgador con base a esta perspectiva construyó su razonamiento en donde le otorgó un valor preponderante al relato brindado por A. B., el que consideró corroborado a partir de un análisis crítico de los distintos elementos periféricos del relato de la víctima, algunos de los cuales no han sido objeto de censura en esta instancia recursiva.

Así, el sentenciante consideró, en primer orden, que no podían soslayarse los indicadores de gravedad de los que se dejó constancia al momento que la víctima formuló denuncia, en donde se advierten los distintos tipos de violencia a los que la víctima expresó estar sometida por parte del imputado, entre ellas la violencia sexual (ver a partir del minuto 3:18).

En segundo lugar, el juzgador consideró que la veracidad de la versión de los hechos brindada por A. B., encontraba sustento en el informe del examen psicológico realizado a la víctima, de donde se desprende que su relato presenta indicadores de credibilidad, y no se observan tendencias a la fabulación o mitomanía (ver a partir del minuto 5:11).

El juzgador ponderó, además, lo declarado por E.U. y C.G. (madre de Antonella y padre del imputado, respectivamente), quienes dieron cuenta del contexto de violencia en el que estaba inmersa la víctima (ver a partir del minuto 36:02).

Con base a lo expuesto, entiendo que no puede prosperar el agravio referido por el censurante en cuanto sostiene que el a quo a partir del informe del examen psicológico realizado a la presunta víctima, pretendió acreditar el sometimiento que ejercía G. respecto de A. B., pero no dijo nada del abuso sexual imputado en los presentes autos. Ello por cuanto –de acuerdo a lo analizado ut supra– el juez valoró el testimonio de A. conforme los parámetros que impone la temática en estudio. Explicó al respecto que la

perspectiva de género en la interpretación de la prueba permite analizar y comprender la dinámica que se da entre los integrantes de la pareja.

En esta dirección, el a quo consideró acreditado los extremos de la imputación a partir del relato de la víctima cuya verosimilitud tuvo sustento –entre otros elementos de juicio– en los indicadores de credibilidad de su relato y la referencia a las distintas formas de violencia a las que se encontraba sometida la víctima por parte de G., entre las que menciona haber padecido violencia sexual en la oportunidad descrita en la denuncia.

De este modo, se advierte que el planteo de la defensa es consecuente con la prescindencia, en la construcción de sus argumentos, del contexto de violencia de género en que se desarrollaron los hechos. Señala también el censurante que el examen psicológico practicado a la víctima, elemento de juicio relevante para el juzgador, fue realizado en forma inmediata a la denuncia.

Cuestiona en este punto que el sentenciante, al valorar la verosimilitud del testimonio de A., no ponderó que ésta al declarar en audiencia de debate modificó algunos aspectos de su relato, lo que –a su criterio– desvirtúa su testimonio.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, en primer orden porque el juzgador al valorar la verosimilitud del relato de A. –y guiado por los parámetros en la interpretación de la prueba ya esbozados–, ponderó la persistencia de la incriminación a lo largo de sus distintas declaraciones, como así también, que no existieron ambigüedades ni contradicciones en las circunstancias relevantes del hecho (ver a partir del minuto 12:50).

Por otro lado, no debe soslayarse que los exámenes psicológicos tienen como objeto principal analizar la estructura psíquica de una persona y las características de la personalidad. En este sentido, el Lic. Diego Vega al declarar en audiencia de debate distinguió **los criterios de credibilidad** – presentes en el relato de A.–, con la **veracidad del relato** (ver registros audiovisuales, «Debate, día 29/11/18», a partir de la hora 1:27:37), aspecto éste último que corresponde determinar al juzgador a partir de la ponderación de las probanzas incorporadas al proceso y bajo las reglas que impone el sistema de la sana crítica racional.

Es decir, teniendo los jueces la obligación de motivar sus resoluciones, y valorar las pruebas incorporadas conforme a las reglas de la sana crítica racional, los informes mentados posibilitan que objetivamente se pueda asignar **eficacia conviccional o no a lo declarado** por la víctima.

La defensa también refiere que el Lic. Diego Vega, en oportunidad de declarar en audiencia de debate sobre el informe referido, aclaró algunos de los puntos cuestionados por su parte.

Se advierte que en este punto el recurrente sugiere, en relación a lo declarado por el testigo, una discrepancia con los fundamentos del fallo, pero no desarrolla dónde radicarían los supuestos vicios en el razonamiento del a quo, actividad que no puede ser suplida en oportunidad de celebrarse la audiencia oral, tal como lo pretende el censurante.

No obstante ello, de la declaración testimonial prestada por el Lic. Diego Vega en audiencia de debate, no se advierten elementos que puedan controvertir los fundamentos del a quo, en tanto ratificó en todos sus términos el examen psicológico de la víctima agregado al debate.

Por las mismas razones, no puede prosperar el agravio referido a la supuesta omisión por parte del sentenciante de valorar los testimonios referidos por la defensa.

Ello en tanto el recurrente amén de no desarrollar el contenido de las testimoniales referidas, en los aspectos que entiende relevantes para desvirtuar la hipótesis acusatoria, se limita a afirmar la supuesta existencia de vicios sin confrontarlos con las pruebas periféricas y, por ende, su influencia en la decisión condenatoria que cuestiona.

No obstante ello, se advierte que el sentenciante luego de analizar las testimoniales indicadas por el censurante sostuvo –acertadamente a mi criterio–, que las distintas circunstancias percibidas por los testigos refieren a comportamientos que los integrantes de la pareja desplegaron **en espacios públicos, los que –en contextos de violencia de género– normalmente difieren a la dinámica que se da en la intimidad** y, por tal motivo, no resultan relevantes en orden a desvirtuar el plexo probatorio que incrimina al imputado como autor del hecho que se le atribuye (ver a partir del minuto 30:00).

Por otro lado, tampoco puede prosperar el agravio esgrimido por el censurante por cuanto entiende que el sentenciante omitió considerar el examen físico realizado a A., de donde se desprende que no hay indicios de abuso por no presentar lesiones en sus partes pudendas, y el examen de laboratorio que indica que no se encontró en las mismas zonas PSA y espermatozoides.

Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido no puede prosperar, en tanto el juez a quo –contrariamente a lo sostenido por el recurrente– no omitió ponderar la ausencia de lesiones en las zonas indicadas.

En efecto, el magistrado sentenciante consideró que las lesiones sufridas por la víctima en las distintas partes del cuerpo descritas en el referido informe, daban cuenta de la violencia ejercida por el imputado para consumar el abuso hacia A. B., extremo que también entendió corroborado con el acta de inspección ocular obrante a fs. 10 y las fotográficas de fs. 11/14, las que fueron debidamente incorporadas al debate (ver, a partir de 13:45).

Del mismo modo, entiendo que no puede tener acogida favorable el cuestionamiento vinculado al informe de laboratorio que concluye sobre la ausencia de PSA y espermatozoides en las zonas referidas por la defensa, en tanto el recurrente omite considerar la presencia de estas sustancias en la ropa interior utilizada por la víctima en el momento del hecho, como así también, el informe de ADN que indica que éstas son compatibles con el perfil genético del imputado (ver a partir del minuto 15:24).

Finalmente, si bien asiste razón a la defensa en cuanto a que el juzgador incorporó de oficio el informe obrante a fs. 27, de donde se desprende las lesiones sufridas por la víctima, sin embargo, debe decirse que la valoración de este elemento de juicio no ha sido relevante para que el juzgador alcanzara la certeza sobre los extremos de la imputación.

Ello por cuanto –tal como se analizó ut supra– la acreditación de este extremo se nutre de otros elementos de juicio, los que –según entiendo– no han sido debidamente controvertidos por la defensa. En otras palabras, si se aplica el método de la supresión mental hipotética y no se considera la valoración de aquel elemento cuestionado, el resultado no variaría en cuanto a la acreditación del hecho.

Por lo precedentemente analizado y, no obstante ser cuestionados todos los elementos de prueba referidos ut supra por la defensa, lo cierto es que tal crítica obedece a una interpretación parcializada de cada uno de ellos, motivada en los intereses que representa, pero que no se verifican en la sentencia impugnada.

En definitiva, de lo expuesto surge que el Tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilitara la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de F.G. en el hecho objeto del proceso.

Por último, me interesa destacar que el sentenciante optó por brindar en forma oral los fundamentos por los cuales entendió acreditados los extremos de la imputación, los que fueron abordados en forma clara, ordenada y suficiente, de modo tal que permitió a esta instancia realizar un adecuado control de lógica. Al respecto, y a partir de la implementación de la ley 9040, «la autorización para exponer oralmente los fundamentos proviene del propio texto legal» y «la profundización del carácter acusatorio adversarial del juicio penal ... se traduce, entre otros aspectos, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal», conforme se ha expresado en autos «Robledo Vergara». Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Comparto las conclusiones a las que llega mi colega de Sala preopinante en cuanto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los **precedentes «Morales Quiroga», «Cruz Caporiccio», «Merlo Lassa» y «Ojeda Pérez»**.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - **Belem Do Pará** - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del

Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son sus naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP)».

Con lo cual, las referencias de la legislación vigente sobre esta cuestión se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en sus resoluciones del contexto fáctico que resulta propio a este género de conductas delictivas.

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar.

Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos- a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento».

Ley 27499

Por ello destaco la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado. En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo “Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia” del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales. «Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres

entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación contextual de los elementos de prueba obrantes en la causa, particularmente la declaración de A. B.. Al respecto, advierto que el sentenciante valoró de modo adecuado los dichos de la víctima, interpretando y ponderando su relato de los hechos en el marco de una **relación disfuncional de pareja**, caracterizada por la violencia y maltrato físico y psicológico constitutivo de un contexto de violencia de género.

De este modo, y teniendo en cuenta la naturaleza de este medio de prueba, el sentenciante ha justificado el altísimo valor convictivo asignado a su relato, al considerar no sólo su contenido intrínseco, sino que confrontó sus términos con los restantes elementos probatorios a modo de corroboraciones periféricas, lo que le valió para concluir sobre la credibilidad de tal testimonio.

Ello conlleva al rechazo, en esta instancia, del recurso interpuesto por la defensa por lo que considero que debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTION, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llegan mis colegas preopinantes y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» y «**Mejía Salvador**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica de F.L.G.N y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 768 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Compendio 2019.

Recopilación de fallos y precedentes de la SCJM

Capítulo 5. Delitos contra la integridad sexual. Corrupción.

Coordinadora: Dra. Marina Martín.

Índice

Capítulo 5.	3
1- 92	
Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=4	3
Lex: Art. 125 segundo párrafo en función con el tercer párrafo, 54, 119 segundo párrafo en función con el párrafo cuarto inciso b) y 55 del CP	3
Vox: Corrupción de menores. Concurso ideal. Abuso sexual. Concurso real. Inconstitucionalidad.	3
Summa:	3
SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente	3
Fallo:	4
I.- La resolución recurrida	5
II.- Recurso de la defensa	6
III.- Informe del recurso de la defensa	8
IV.- Dictamen del señor Procurador General	8
IV.- Solución del caso	9
SENTENCIA:	14

Capítulo V.

Delitos contra la integridad sexual.

Corrupción. Tenencia de MASNNA.

CAPITULO V. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Corrupción. Tenencia de MASNNA.

1- V.E.R.P.. 14-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	Asc								CI					474
-	M	NNA	-	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	489

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=4>

Lex: Art. 125, 2° párrafo en función con el 3° párrafo, 54, 119 2° párrafo en función con el 4° párrafo inciso b) y 55 del CP.

Vox: Corrupción de menores. Concurso ideal. Abuso sexual. Concurso real. Inconstitucionalidad. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC N°2-1° CJ** condenó al señalado a la pena de **12 años de prisión** más costas y accesorias legales por el delito de corrupción de menores agravado en concurso ideal con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, en un número indeterminado de hechos que concurren todos de forma material (art. 125 segundo párrafo en función con el tercer párrafo, 54, 119 segundo párrafo en función con el párrafo cuarto inciso b) y 55 del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación y de inconstitucionalidad.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 103, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

Precedentes relacionados

Valoración de la prueba

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Agüero. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcAguero.pdf
- Navarro. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcNLL.pdf
- Cabral. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Vergara. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Moyano López. 04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Carmona Rodríguez. 06-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente

(R.B.)

Fallo:

**CUIJ: 13-04456647-2/1((018602-31322)). FC/V. E. R. P/CORRUPCION DE MENORES AGRAVADO (31322)
P/ REC.EXT.DE INSCONSTIT-CASACIÓN. *104537286***

En Mendoza, a los catorce días del mes de febrero del año diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04456647-2/1 "Fc/ V. , E. R. p/Corrupción de menores p/recurso de casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, el Dr. José V. Valerio; segundo, el Dr. Mario D. Adaro y tercero, el Dr. Pedro J. Llorente.

La defensa técnica interpone recurso de casación e inconstitucionalidad (fs. 368/370) contra la Sentencia N° 103 y sus fundamentos (fs. 352 y 353/360, respectivamente), dictada por el Segundo Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condena al acusado a la pena de 12 años de prisión más costas y accesorias legales por el delito de corrupción de menores agravado en concurso ideal con el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, en un número indeterminado de hechos que concurren todos de forma material; comportamientos que se le atribuyera en el marco de los autos N° P-31.322/17 (art. 125 segundo párrafo en función con el tercer párrafo, 54, 119 segundo párrafo en función con el párrafo cuarto inciso b) y 55 del C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- La resolución recurrida

El 22 de agosto de 2018 el tribunal de sentencia tuvo por acreditada parte de la plataforma fáctica enrostrada al acusado. En concreto, que «[e]n fechas y en un número de ocasiones no determinadas, pero aproximadamente entre los años 2011 y 2015, cuando [J.V.] tenía alrededor de ocho o nueve años de edad, en el domicilio de calle ..., su abuelo paterno E. R. V. C. la obligaba a acostarse con él en su habitación y mirar películas pornográficas como así también el causante se le subía arriba del cuerpo, la obligaba a realizar posiciones corporales y le tocaba las partes de su cuerpo por debajo de la ropa, sus pechos en especial, manifestándole en una ocasión que si contaba algo, su padre no la vería más a ella ni a sus hermanas, como así también la obligaba a la menor a que le tocara partes de su cuerpo por debajo de la ropa [...]. También para la misma época, E. R. V. C. , obligaba a su otra nieta, [C.V.], que en ese entonces tenía alrededor de nueva años de edad, a observar películas pornográficas en la habitación de su domicilio ya citado junto a él mientras le tocaba sus pechos y otras partes de su cuerpo por encima de su ropa mientras le manifestaba que de esa forma se activaba la circulación y le crecerían los pechos».

Por otro lado, el tribunal entendió que no existían elementos de prueba suficientes para tener por cierta la ampliación de la plataforma fáctica, incorporada durante el debate en virtud del art. 391 del C.P.P. Esto es, que en la misma época en la que se cometieron los hechos de corrupción de menores y abuso sexual, y en las mismas ocasiones, «el imputado accedió carnalmente por vía vaginal a su nieta [J.V.]» (ver fundamentos, fs. 353 y vta.).

Para así decidir, por un lado, el tribunal sostuvo que en tanto y en cuanto la declaración de las víctimas configuraba “la columna vertebral” en términos probatorios para tener como ciertos los hechos abusivos acusados inicialmente al imputado, el nuevo suceso anoticiado durante el debate, es decir, el abuso sexual con acceso carnal, carecía de “respaldo medular” y solamente contaba con dos testigos “de oídas” como fuente de sospechas, lo que resultaba insuficiente para dotar de certeza a la hipótesis de la acusación.

Asimismo, por otro lado, señaló que las declaraciones coherentes y contestes de J.V. y C.V. respaldadas por testigos de referencia como su madre G. B. y su hermana M. V. , el informe psicológico elaborado por los profesionales del EPAASI, el examen de personalidad del imputado realizado por el Cuerpo Médico Forense y el hallazgo de material pornográfico en la vivienda del señor V. , constituían los elementos de prueba que, analizados conjuntamente, conducían a sostener la existencia material de los hechos y la autoría del imputado respecto de los hechos de abuso y corrupción de menores (ver fundamentos, fs. 358 vta.).

II.- Recurso de la defensa

La defensa de E. R. V. C. , planta recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 2 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por entender que la sentencia contiene vicios in procedendo. Asimismo, formula planteo de inconstitucionalidad.

a. En lo relativo al recurso de casación la defensa anuncia, preliminarmente, que los vicios presentes en la resolución criticada vulneran lo normado por las Constituciones Nacional y Provincial, e incluso el Código Civil, incurriendo así en una violación del debido proceso penal.

Explica que al sustanciarse el debate se omitió, de manera involuntaria, cuestionar el instrumento elaborado por el EPAASI e incorporado a fs. 28/29. Indica que el mismo no es un instrumento público ni privado y que su incorporación al proceso ha vulnerado normas de derecho sustancial.

Repasa los requisitos legales constitutivos de los instrumentos públicos y privados y señala que, al no encontrarse firmado el mismo, se trata de un “simple papel” agregado al expediente que no puede ser respaldado.

Entiende que no pueden aplicarse las normas relativas al dictado de nulidades, toda vez que las nulidades pueden convalidarse, mientras que la incorporación del documento elaborado por el EPAASI constituye una situación írrita para el derecho que no puede ser tolerada. Sostiene que, al avalarse la validez de este elemento y considerarlo documento público, el tribunal ha condenado de manera injusta a su defendido y ha vulnerado el derecho de igualdad ante la ley y el principio de responsabilidad por los actos de gobierno.

De este modo, solicita que el documento cuestionado sea declarado inexistente y, en consecuencia, que la sentencia condenatoria sea revocada, toda vez que esta no pudo haberse dictado sin valorar éste elemento probatorio.

En este sentido, explica que la condena se basó en las opiniones de la denunciante y sus hijas, siendo el documento de fs. 28/29 el único elemento presente en la causa que avala la versión acusatoria.

Además, entiende que los informes técnicos incorporados son débiles, imprecisos y refuerzan la versión exculpatoria.

Sobre este punto, afirma que la Licenciada L. B. no encontró indicadores de abuso sexual, que el psicólogo que atendió a las presuntas víctimas no visualizó sintomatología compatible con los efectos esperables en un abuso sexual, y que el informe elaborado por el CMF de fs. 269 ha quedado relativizado, en la medida

en que el profesional actuante indicó que había mantenido una entrevista fluida con el imputado, hecho difícil de creer puesto que éste está prácticamente sordo.

Critica la premisa del tribunal a quo en la que se postula que «[n]o hacen mella en el valor probatorio de las conclusiones del EPAASI las afirmaciones de la Lic. B. en el sentido de que no detectó indicios de victimización sexual en [J.V] y [C.V.]». Entiende que esta idea es infundada, en primer lugar, porque las conclusiones del EPAASI han sido formuladas en el informe de fs. 28/29 cuya incorporación critica, y, en segundo lugar, toda vez que la Licenciada B. ha atendido a las niñas durante dos años, mientras que los profesionales del EPAASI sólo durante media hora en una entrevista con preguntas inducidas.

Finaliza este apartado al insistir con la idea que sostiene, que la sentencia condenatoria no puede basarse exclusivamente en los testimonios de la denunciante y sus hijas, y menos aún, dando por corroboradas estas declaraciones a través de un informe técnico especializado que no tiene validez alguna.

b. En lo relativo al planteo de inconstitucionalidad, la defensa entiende que la irregularidad denunciada ha vulnerado los arts. 16 y 8 de la Constitución Nacional, es decir, el derecho de igualdad ante la ley y el principio de debido proceso penal, razón por la que debe utilizarse la doctrina de la cosa juzgada írrita para subsanar el error denunciado.

Hacer reserva del recurso federal.

III.- Informe del recurso de la defensa

A fs. 387 la defensa técnica del acusado informa los puntos de agravio previamente invocados en su presentación recursiva y reitera los argumentos ya explicitados.

IV.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal de los planteos formulados por la defensa del acusado, indica de manera preliminar que el planteo de inconstitucionalidad no debe ser admitido formalmente puesto que no se verifican los requisitos del art. 489 del C.P.P.

Ello así, en tanto que no advierte en las constancias de autos que se interpusiera, en debida forma y durante el debate, la inconstitucionalidad que ahora se intenta. Asimismo, en la medida que la defensa no ha articulado ni fundado debidamente el planteo.

Luego, al evaluar la procedencia del planteo casatorio, indica que debe ser rechazado sustancialmente.

Sostiene que puede afirmarse que el único agravio presente en el recurso es aquél que versa sobre la incorporación del informe elaborado por el EPAASI.

Al respecto, advierte que la defensa ha centrado su ataque contra ese elemento de prueba y ha esgrimido la estrategia consistente en aislar los demás indicios presentes en la causa para restarles valor probatorio. Recuerda que el letrado defensor nunca se opuso en el debate a la incorporación de dicha documentación y, en este sentido, recuerda que los informes ahora cuestionados siempre estuvieron agregados y a disposición de la defensa y afirma que lo actuado por el EPAASI no contradice el texto legal del art. 255 del C.P.P. En conclusión, entiende que la pretensión del defensor letrado es extemporánea y debe ser rechazada.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a las presentaciones recursivas y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

a. Sobre el recurso de casación formulado

En primer lugar, cabe expedirse respecto de las consideraciones hechas en el marco del recurso de casación.

En este sentido, se advierte que la idea nuclear que sustenta el reclamo recae sobre la incorporación del informe pericial elaborado por los profesionales del EPAASI (ver fs. 28/29), elemento de prueba que ha sido valorado por el tribunal de sentencia para sostener que los testimonios de J.V. y C.V. han sido creíbles. Al respecto, debe decirse que los argumentos del recurrente no pueden ser recibidos toda vez que implican, esencialmente, el planteo de la nulidad por la nulidad misma.

No puede soslayarse en este punto que la incorporación de las conclusiones elaboradas por el Equipo de Abordaje del Abuso Sexual Infanto-Juvenil (EPAASI) ha sido consentida por la defensa a lo largo de todo el proceso.

Puede observarse en este sentido, por un lado, que tras aceptar la designación como defensor del acusado y ser notificado de la prueba que sustentaba la imputación formal de los hechos, el asesor letrado no interpuso incidente alguno contra el elemento de prueba ahora criticado (ver acta de imputación formal a fs. 132 y siguientes).

Asimismo, por otro lado, la defensa técnica tampoco cuestionó el informe elaborado por el EPAASI en ocasión de celebrarse la audiencia preliminar al debate, marco en el que la representante del Ministerio Público Fiscal ofreció su incorporación y el letrado defensor adhirió a ello (ver fs. 330). Finalmente, tampoco puede soslayarse que la defensa no interpuso objeción alguna al quedar formalmente incorporada al debate la prueba instrumental ofrecida y en ocasión de formular sus alegatos (ver acta de fs. 351 vta. y fundamentos, fs. 354 vta.).

De lo anterior se concluye, fácilmente según entiendo, que la defensa letrada intenta volver sobre sus propios pasos para deslegitimar el contenido cargoso de prueba que pudo controvertir desde el inicio de las actuaciones y cuya incorporación consintió, estrategia esta que no puede ser receptada.

No obstante ello, es dable destacar que el caudal probatorio cargoso valorado para concluir que los testimonios de J.V. y C.V. eran creíbles, no sólo se nutre del informe elaborado por el EPAASI, sino también de otros elementos que la defensa no discute o no logra controvertir efectivamente. En efecto, a fin de otorgarles un alto grado convictivo a las declaraciones de las niñas abusadas, el a quo no sólo sopesó el testimonio de M. V. (hermana mayor de las mismas), quien presenció personalmente en una ocasión como su abuelo compartía con J.V. películas de contenido pornográfico, sino también el secuestro del material pornográfico mencionado por las niñas (ver fundamentos, fs. 356 vta. y 357 vta.).

Con lo anterior, entonces, puede afirmarse en este punto que aun asumiendo de manera hipotética el planteo de la defensa, en el sentido de sostener que el informe del EPAASI carece de validez, la sentencia condenatoria cuenta con elementos de prueba cargosos suficientes, razón por la que no puede sostenerse, como lo indica la parte recurrente, que la condena se basa exclusivamente en el testimonio de la denunciante y sus hijas.

Por lo demás, los agravios formulados en relación a los demás informes técnicos incorporados a la causa tampoco pueden ser recibidos, puesto que implican el replanteo de aspectos ya tratados por el tribunal de juicio de manera adecuada.

Efectivamente, la idea que sostiene que las conclusiones de la Licenciada B. , psicopedagoga que atendía a las niñas J.V. y C.V., deben primar por sobre las del grupo de profesionales del EPAASI, fue abordada correctamente por el a quo, según entiendo. Al respecto, sostuvo el tribunal de sentencia que «el defensor, soslaya que los integrantes del EPAASI no solamente son profesionales especializados en el

abordaje de situaciones de abuso sexual, sino que también cuentan con la experiencia diaria de recibir a niñas y niños que concurren por sospechas de haber sido víctimas de ese tipo de situaciones. De otra parte, la Lic. Ludmila B. tiene una formación profesional distinta. Se trata de una psicopedagoga que está enfocada en detectar dificultades [...] en el proceso de enseñanza-aprendizaje [...]. Entonces, no puede equipararse la formación y la experiencia de la psicopedagoga con la de un equipo de psicólogos especializados en el abordaje de casos de abuso sexual infanto-juvenil, ni tampoco resulta válido deducir que el mayor conocimiento del niño en el primer caso importa necesariamente descartar la existencia de indicadores de sospecha de situaciones abusivas» (ver fundamentos, fs. 356 y vta.).

De igual manera, el argumento que sobrevalora el informe elaborado por el Lic. B. también fue tratado correctamente por el a quo, en la medida que sostuvo que «la circunstancia de que no visualice “síntomatología compatible con efectos esperables de un abuso sexual”, de ningún modo erosiona la credibilidad de los dichos de J.V., y máxime que los hechos investigados se remontan a la edad de ocho o nueve años, siendo que actualmente tiene catorce años. En este sentido, los propios profesionales del EPAASI coincidieron en que “no se objetivaron al momento del examen elementos suficientes que configuren un cuadro de estrés post traumático típico, debiendo considerarse el tiempo transcurrido, y en el caso de la menor [J.V.] la posible confusión del cuadro depresivo con elementos de un cuadro de estrés» (ver fundamentos, fs. 358 y vta.).

Finalmente, en este punto, debe decirse lo mismo respecto del agravio formulado contra el examen psíquico del acusado, elaborado por el Cuerpo Médico Forense. En efecto, el tribunal dio explicaciones suficientes al aclarar que la Lic. P. explicó en el debate que no tuvieron dificultades para dialogar con el acusado, y que el informe elaborado detallaba la ausencia de trastornos sensoperceptores y refería a la interacción que los profesionales tuvieron con el examinado, todo lo cual lo llevó a sostener que «el imputado en la audiencia de debate ha exagerado su eventual déficit de audición» (ver fundamentos, fs. 356 vta.).

Frente a estos argumentos, el letrado defensor no ha articulado objeción alguna que demuestre en qué punto el razonamiento del tribunal ha sido arbitrario por ilógico o por omisión de aspectos relevantes de la causa, razón por la que no pueden compartirse las críticas formuladas en el recurso.

b. Sobre el planteo de inconstitucionalidad

En segundo orden, debe decirse por qué el planteo de inconstitucionalidad formulado por el recurrente tampoco puede ser recibido.

En este aspecto concuerdo con la opinión del Procurador General, en tanto afirma que no se verifican los requisitos del art. 489 del C.P.P.

Al respecto, en primer lugar, debe destacarse que la defensa no ha interpuesto en debida forma durante el debate el planteo de inconstitucionalidad que plantea en esta instancia (ver acta de fs. 351 y vta.).

En segundo orden, debe decirse que el agravio tan sólo se limita a anunciar que la incorporación del informe pericial realizado por el EPAASI y su valoración como elemento de prueba cargoso, vulneran el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso penal. Sin embargo, esta idea carece de argumentos adecuados.

Sobre este punto, no sólo debe recordarse lo dicho respecto de la validez de la incorporación de dicho informe pericial, sino también, que el recurrente no ha fundado ni articulado debidamente su planteo, en el sentido que no explica de qué manera la sentencia aplica una ley, decreto, reglamento o resolución que versen sobre materia regida por la Constitución Nacional o la Constitución de la Provincia, de manera contraria a sus pretensiones.

En conclusión, por las razones expuestas precedentemente entiendo que los agravios deducidos por la parte recurrente no pueden prosperar y, en consonancia con lo expuesto por el señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Dr. Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Dr. Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. T. C. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Dr. Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 368/370 por la defensa de E. R. V. C. .
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. T. C. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

2- TOCONAS. 14-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	NNA		PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=4>

Lex: Art. 128, 1° y 2° párrafos en función del art. 55 del CP

Vox: NNA. A.S.I.. Publicación de pornografía infantil. Tenencia de pornografía infantil. Concurso real.

MASNNA. Condena de ejecución condicional. Cumplimiento efectivo.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de cumplimiento efectivo** como autor de los delitos de publicación de pornografía infantil y tenencia de pornografía infantil en dos hechos independientes en concurso real (artículos 128 párrafo primero y 128 párrafo 2° en función del art. 55 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación. (Art. 474 CPP)

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 244, pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-CSJN

- “García”, fallo 333:584.
- “Oyarse”, Fallos 330:2836.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo**

(M.M.)

Fallo

CUIJ: 13-04635062-0/1((028501-500880)) FC/ T. L. J. H. P/ PUBLICACIONES Y REPRODUCCIONES OBSCENAS (500880) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104718696*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04635062-0/1 caratulada "F. C/ T. L., J. H. P/ PUBLICACIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y TENENCIA DE PORNOGRAFÍA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa particular de J. H. T. L. interpone recuso de casación contra la Sentencia N° 244 que lo condenó a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo como autor de los delitos de publicación de pornografía infantil y tenencia de pornografía infantil en dos hechos independientes en concurso real (artículos 128 párrafo primero y 128 párrafo 2° en función del art. 55 del CP) fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia condenó a J. H. T. L a la pena de tres años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de publicación de pornografía infantil y tenencia de pornografía infantil en dos hechos independientes en concurso real. Dispuso en lo que aquí interesa que la pena impuesta fuera de cumplimiento efectivo por tratarse de actos reñidos y contrarios a la moralidad de una sociedad civilizada, y consideró también la actitud posterior al delito como así también la posición institucional de T. L. quien cumplía funciones de celador en un colegio y dependía de la Dirección General de Escuela.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone en función del **art. 474 inc. 2 del CPP**, por entender que la sentencia resulta arbitraria, ilógica y absurda en tanto el tribunal dispuso que la pena impuesta a T. L. fuera de cumplimiento efectivo.

En este sentido considera que el tribunal ha incurrido en un exceso respecto de la interpretación y tratamiento del art. 26 del CP, por lo que encuentra desproporcionada la pena en lo relativo a la modalidad de su cumplimiento. En ese orden, solicita que se haga lugar al recurso incoado y que la pena impuesta a T. L. lo sea bajo los beneficios de la condenación condicional.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 345 y vta., el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado, en tanto advierte que la sentencia condenatoria se encuentra debidamente fundada en relación a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, por ello el Procurador estima que los argumentos

expuestos por la defensa de T. L., constituyen una discrepancia con las conclusiones del tribunal, pero que en modo alguno alcanzan a conmovir la validez del acto sentencial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros**), lo que en la especie no ocurre. En efecto, tal como se desprende del escrito casatorio, la defensa no cuestiona la existencia y la participación del imputado en el hecho investigado, sino que ciñe su agravio a la modalidad de cumplimiento de la pena de tres años de prisión impuesta por la Sentencia N° 244.

El fallo en lo que aquí interesa ha tenido por acreditado que en un lugar no determinado con exactitud pero presumiblemente en el departamento de ..., el 4 de mayo de 2018, a las 02:45 horas, el imputado desde su línea telefónica ... mediante la aplicación de mensajería para teléfonos móviles denominada "Whatsapp" publicó un video de cincuenta y dos segundos de duración, en el que se observa a una niña de edad aparente entre los diez y los doce años realizando actividades sexuales explícitas.

Posteriormente, el 4 de mayo de 2018, a las 17:40 en oportunidad de practicarse un allanamiento en el marco de las actuaciones, en el domicilio ubicado en calle de, se secuestró una notebook de propiedad de T.L., en la que tenía almacenado en su disco duro, al menos 50 videos, 1 imagen y un documento, de pornografía infantil explícita y un teléfono celular con imágenes, videos de contenido pornográfico, encontrándose además entre los videos almacenados el video cuya publicación se le atribuye en los presentes obrados.

Al respecto, el a quo fijó la pena en el mínimo legal, que en abstracto prevé el art. 128 del CP, esto es la pena de tres años de prisión como autor de los delitos de publicación de pornografía infantil y tenencia de pornografía infantil en dos hechos independientes en concurso real (artículos 128 párrafo primero y 128 párrafo 2° en función del art. 55 del CP).

Como ya lo adelanté, la defensa cuestiona únicamente la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta y, en ese orden, encuentro que el agravio no puede tener acogida favorable, pues el fallo atacado luce debidamente fundado y, por ser así, descarto la arbitrariedad pretendida por la defensa.

Es que, según entiendo, la normativa sustancial, al regular el instituto de la condena de ejecución condicional, luego de definir claramente que su disposición es una atribución facultativa del Tribunal de sentencia, establece una suerte de limitación a su aplicación, al señalar que la resolución jurisdiccional que en tal sentido resuelva, deberá estar fundada en «...la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad» (art. 26 del C.P.).

No debe perderse de vista que la posibilidad de que recaiga condena de ejecución condicional no implica la operatividad automática del instituto, sino que el juzgador deberá fundar en los extremos antes reseñados las razones del efectivo cumplimiento de la pena. Esta exigencia debidamente cumplida en el caso concreto por el sentenciante, ha sido destacada en numerosos **precedentes de la Corte Federal** al

considerar que la decisión que deniega la condenación condicional debe ser fundada (**"García" fallo 333:584**).

En igual sentido, que del art. 26 del CP surge el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional (**"Oyarse", Fallos 330:2836**).

Al fundar su decisorio, el juez de instancia anterior consideró que la tenencia de gran cantidad de material para distribución de pornografía infantil, son actos reñidos y contrarios a los sentimientos de moralidad de cualquier sociedad civilizada y que, las representaciones sexuales resultan claramente violatorias de la niñez.

En cuanto a la actitud posterior al delito de T.L., el sentenciante consideró que, si bien el imputado trató de justificarse diciendo únicamente que por error había enviado ese video que llegó al grupo de Whatsapp, lo cierto es que su intención fue enviar ese video y erró en el grupo o en la persona a la que iba dirigido, y que tampoco dio explicaciones directas respecto del restante material de videos e imágenes halladas en su teléfono y en su computadora. Finalmente consideró que el imputado es un celador en un colegio al que concurren una gran cantidad de menores, exactamente iguales a aquellos que fueron usados por la industria de la pornografía infantil.

Y en este orden, para concluir, el juzgador estimó que la respuesta judicial para la reafirmación del derecho vigente debía ser lo suficientemente enérgica. Tal como surge del relevamiento realizado, encuentro que la sentencia no adolece de los vicios denunciados por el censurante pues el juzgador ha ofrecido razones suficientes y fundado debidamente su decisorio, mediante el que dispuso que la pena de tres años de prisión impuesta a T.L. debía ser de efectivo cumplimiento.

Por los motivos expuestos concluyo que el recurso casatorio promovido no puede prosperar, toda vez que no se advierten en el acto sentencial impugnado los vicios promovidos, de manera tal que la censura luce como mera discrepancia con la valoración llevada a cabo por el a quo en relación a la modalidad de la pena impuesta, por resultar contraria a sus intereses de parte.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA :

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 317/320 por la defensa particular de J.H. T. L..

- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

Capítulo VI.

Delitos contra la libertad.

CAPÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD. Amenazas.

1- MILITELLO. 14-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=3>

Lex: Arts. 183, 55 y 149 bis del CP. Arts. 2, 62 y 67 inc. b y c del CP. Ley 8939. Art. 373, 417 quáter y quinquies, 474, inc. 1 del CPP.

Vox: Amenazas. Daño. Arma de fuego. Concurso real. Prescripción. Actos interruptivos. Requerimiento de citación a juicio.

Summa:

El **Juzgado Correccional N° 1 - 1º CJ** condenó al encausado a la pena de **un año de prisión** en efectivo por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de daño y amenazas simples, amenazas simples y amenazas agravadas por el uso de arma de fuego, todos estos hechos fueron atribuidos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la sentencia por contener vicios in iudicando. Sostiene que la acción penal se encuentra prescripta puesto que, al derogar la legislación procesal vigente el antiguo procedimiento de la citación a juicio, en el caso debe considerarse que dicho acto es inexistente y, consecuentemente, incapaz de producir efectos interruptivos.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido toda vez que las actuaciones procesales que se hallan cumplidas y firmes bajo la vigencia de la ley anterior no pueden ser modificadas por la ley procesal posterior.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 2931, pronunciada por el Juzgado Correccional N°1-1º CJ.*

Precedentes citados:

a-CNCP, Sala II

- «Rivas, Olga E.». 16-03-16.

Párrafos destacados:

«[s]i bien la modificación legislativa en el ámbito extrapenal puede incidir decisivamente sobre la ley penal de cualquier modo en que la situación se vuelva más favorable al imputado o condenado, es menester que la modificación operada importe una verdadera alteración de la figura abstracta de derecho penal o de la estructura de la norma represiva en sí». (C.N.C.P. Sala II, «**Rivas, Olga E.**», sentencia de 16 de marzo de 2016)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04312023-3/1((031201-99441)) FC/MILITELLO ESPINOZA JOSE HECTOR P/DAÑOS EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES (99441) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104386278*

En Mendoza, a los catorce días del mes de febrero del año diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04312023-3/1 “F. c/ Militello Espinoza José p/Recurso extraordinario de casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, el Dr. José V. Valerio; segundo, el Dr. Mario D. Adaro y tercero, el Dr. Pedro J. Llorente.

Que a fs. 107/108 la defensa del imputado José Héctor Militello Espinoza, interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 2931 y sus fundamentos (fs. 86 y fs. 87/103 respectivamente) en tanto que, por su intermedio, el Primer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial condenó al encausado a la pena de un año de prisión en efectivo por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de daño y amenazas simples en concurso real, delitos acusados en el marco de los autos N° P-99.441/14 (arts. 183, 55 y 149 bis del C.P.). Asimismo, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de amenazas simples que se le atribuyó en los autos N° P-114.287/15 (art. 149 bis del C.P.) y del delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego que se le endilgó en los autos N° P-38.737/17. Todos estos hechos fueron atribuidos en concurso real.

De conformidad con lo establecido por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- Resolución recurrida

En fecha 8 de febrero de 2018, el tribunal de juicio tuvo por acreditados los hechos que formaron parte del objeto del proceso en el que se le imputaron a José Militello los delitos antes individualizados. Así, el a quo consideró que, luego de analizar los hechos descriptos en aquellas causas conforme el sistema de la sana crítica racional, los elementos de convicción incorporados válidamente al debate daban sustento suficiente a las hipótesis planteadas por el Ministerio Público Fiscal (ver fundamentos, fs. 98).

En lo relevante para la solución del presente caso, sostuvo que debía rechazarse el pedido de extinción de la acción penal por prescripción, formulado por la defensa al sustanciarse el debate y en referencia a los autos N° P- 114.287/15 y P-99.441/14.

Al respecto de la primera causa, el tribunal de mérito entendió que el requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 34/35, de fecha 26 de abril de 2016, había interrumpido el plazo de prescripción. En este punto, agregó que la sanción de la **ley 8939**, de fecha 23 de noviembre de 2016, no había modificado la capacidad interruptiva de dicho requerimiento puesto que la norma fue sancionada en una fecha posterior.

En lo que respecta a la segunda causa de mención el tribunal sostuvo que, al tener en cuenta la fecha de **avoque** como último acto interruptivo -el 26 de abril de 2016-, no podía afirmarse que la acción penal

haya prescrito puesto que, a la fecha de la celebración del debate, no había transcurrido el plazo mínimo de prescripción (ver acta de debate de fs. 81/vta.).

II.- Recurso de casación de la defensa

La defensa del acusado José Héctor Militello Espinoza, impugna la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1 del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por considerar que la sentencia contiene vicios in iudicando.

Explica que el pedido de extinción de la acción penal fue motivado en lo dispuesto por los arts. 373, 417 quáter y quinquies del C.P.P., así como en lo normado en los arts. 2, 62 y 67 incs. b) y c) del C.P.

Sostiene que entre el primer llamado a indagatoria y la celebración de la audiencia oral de acusación y ofrecimiento de pruebas, que se produjo en el mes de diciembre de 2017, operó la prescripción de la acción penal.

Ello en tanto entiende que, al derogar la legislación procesal vigente el antiguo procedimiento de la citación a juicio, en el caso debe considerarse que dicho acto es inexistente y, consecuentemente, incapaz de producir efectos interruptivos.

En virtud de lo anterior, entiende que debe aplicarse la ley penal más benigna, conforme lo dispuesto en el art. 2 del C.P.

Finalmente, el letrado también señala que la aplicación de una ley que no se encuentra vigente constituye un motivo para considerar aplicable la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias.

Formula expresa reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida.

En lo relativo a los autos N° P-99.441/14 señala que, el tiempo transcurrido entre el avoque de la causa - primer llamado a comparecer a indagatoria- y la audiencia de acusación -la que considera equivalente a la citación a juicio en el nuevo procedimiento correccional-, no ha superado el plazo previsto en el art. 62 inc. 2° del C.P, es decir, dos años.

En cuanto a la causa N° P-114.287/15, en los que el recurrente solicita la aplicación retroactiva de la ley procesal 8929 a fin de considerar inexistente el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 34/36, sostiene que las actuaciones procesales que se hallan cumplidas y firmes bajo la vigencia de la ley anterior no pueden ser modificadas por la ley procesal posterior. En ese sentido, advierte que si bien el art. 2 del C.P. prevé la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, su aplicación está limitada a la legislación de fondo y no a la ley procesal, que es de aplicación inmediata.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por las siguientes razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada. Ello, por cuanto la prescripción de la acción penal en los autos mencionados no ha operado.

Respecto de la causa N° P-99.441/14, debe decirse que le asiste razón al Procurador al señalar que no ha transcurrido el tiempo de prescripción pertinente entre los actos interruptivos de la acción penal.

En efecto, por un lado, debe decirse que a fs. 30 se encuentra agregada la **modificación del avoque** de la causa con fecha del día 26 de abril de 2016, siendo este el **primer llamado** efectuado por el fiscal de instrucción a fin de imputarle a José Militello la comisión de los hechos delictivos que fueron calificados

como daños y amenazas simples en concurso real (arts. 183, 55 y 149 bis), y el primer acto interruptivo en esta causa.

Por otro lado, debe recordarse que en los delitos conminados con pena privativa de libertad el plazo de prescripción de la acción está constituido por el máximo de duración de la pena señalada para cada delito, no pudiendo en ningún caso ser inferior a los dos años (art. 62 inc. 2 del C.P.). De este modo, en delitos con penas máximas inferiores (como el delito de daño simple) el plazo máximo de la prescripción de la acción es el regulado en el art. 62 inc. 2 del C.P., es decir, dos años.

Ahora bien, dicho plazo se interrumpió para ambos delitos el día 30 de noviembre de 2017, fecha en la que el fiscal a cargo de la instrucción sostuvo oralmente la imputación en el marco de la audiencia de acusación del procedimiento correccional (ver arts. 417 quáter y quinquies del C.P.P., art. 67, cuarto párrafo inc. c del C.P. y fs. 76 en autos N° P-114287/15).

Por ello, al condenar el tribunal de mérito a José Militello el día 8 de febrero de 2018 por los delitos de amenazas y daño simples, las acciones de ambos delitos se encontraban vigentes, tal como lo señaló el a quo.

En lo relativo a los autos N° P-114.287/15, debe decirse lo siguiente. Si bien es cierto que la ley 8929 modificó el procedimiento correccional, en tanto que suprimió la celebración de determinados actos, ello no puede anular la validez de los actos jurisdiccionales que se hayan cumplido en respetuoso apego de las normas que los regulaban.

En este sentido debe decirse que, «[s]i bien la modificación legislativa en el ámbito extrapenal puede incidir decisivamente sobre la ley penal de cualquier modo en que la situación se vuelva más favorable al imputado o condenado, es menester que la modificación operada importe una verdadera alteración de la figura abstracta de derecho penal o de la estructura de la norma represiva en sí» (C.N.C.P. Sala II, «**Rivas, Olga E.**», sentencia de 16 de marzo de 2016).

En el caso bajo análisis, la estructura de la ley de fondo se ha mantenido intacta, en tanto que “el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio”, celebrado en la forma que establece la legislación local, ha conservado su carácter interruptivo del plazo de prescripción de la acción penal (ver art. 67 del C.P.).

Con todo ello, al constarse en esta causa que el requerimiento de citación a juicio fue celebrado de conformidad con la norma procesal vigente y que el mismo no fue impugnado por la defensa (ver fs. 34/36 y siguientes), debe sostenerse que dicho requerimiento ha provocado los efectos interruptivos que la ley de fondo le ha asignado. De este modo cabe sólo reparar, en el plazo que corría en la presente causa y en el dictado de actos interruptivos para verificar si ha operado la prescripción de la acción penal.

Así surge que, conforme con el avoque de fs. 10, el 11 de noviembre de 2015 la instrucción de la causa se dispuso investigar los hechos que le fueron imputados a Héctor Militello de acuerdo con los lineamientos del art. 149 bis. del C.P. Asimismo, se desprende que el día 21 de noviembre de 2016 se dictó el requerimiento de citación a juicio, interrumpiéndose de este modo el plazo de prescripción de dos años (pena máxima amenazada para el delito de amenazas simples). Por último, surge que el día 30 de noviembre de 2017 se celebró la audiencia de acusación del procedimiento correccional, configurándose aquí una nueva interrupción del plazo (ver fs. 76).

De todo lo dicho anteriormente puede deducirse, entonces, que los plazos de prescripción de las acciones penales de los autos P-99.441/14 P-114.287/15 se encontraban vigentes a la fecha del dictado de la sentencia que condenara a Héctor Militello en sendas causas, motivo por el que la presentación recursiva debe ser rechazada en esta instancia.

En función de las consideraciones expuestas y en opinión concordante con el señor Procurador General de esta Suprema Corte, cabe dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Alberto Domingo Amore en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 107/108 por la defensa de Héctor José Militello Espinoza.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Alberto Domingo Amore en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

2- DIAZ SALINAS. 14-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=2>

Lex: Art. 149 bis, 2º párrafo del CP. Art. 45 del CP. Ley 26485.

Vox: VG. Coacciones. Valoración de la prueba. Testimonio de la víctima. Violencia de género. Retracción.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45 CP) del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párr. CP).

La **defensa** interpone recurso; cuestiona la valoración probatoria por cuanto se habría valorado únicamente el testimonio de la víctima; sostiene que la conducta de su defendido es atípica y cuestiona la intervención a título de autor.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 7728 pronunciada por la Primera Cámara del Crimen -1° CJ.*

Doctrina citada:

DI CORLETO, Julieta, “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015.

Parágrafos destacados:

“El sentido comunicativo de cualquier expresión –y en ella incluyo a las amenazas coactivas– no puede ser aprehendido si no es en relación con el contexto en el que se realiza y el rol objetivo de los interlocutores. En el caso que nos convoca a decisión es evidente la atmósfera de violencia padecida por la víctima, la cual le da a los dichos vertidos por el condenado la entidad suficiente para generar el temor requerido por la figura penal endilgada. Piénsese que aún en el caso de que el miedo al daño ya no existiese en el momento del debate, esta ausencia como tal sería una circunstancia posconsumatoria que en nada modificaría el disvalor del ilícito penal”.

“Resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el “ciclo de violencia”.

“Ello permite, explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desistimiento de la denuncia –tal como aconteció en el presente caso–, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia”.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Llorente.**

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04145465-7/1((010501-115711)) FISCAL C/ D. S. J. R. P/ COACCIONES P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (115711) *104209170*

En Mendoza, a los catorce días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04145465-7/1, caratulada “F. c/ D. S. , J. R. , p/ coacciones – Art. 149 bis 2° párr. Cód. Pen.”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio; segundo, Dr. Mario D. Adaro; tercero, Dr. Pedro J. Llorente.

La defensa de J. R. D. S. interpone recurso de casación (fs. 193/197) contra la Sentencia N° 7.728 (f. 151) y sus fundamentos, mediante la cual se condenó al nombrado a la pena de 2 años de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45 Cód. Pen.) del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párr. Cód. Pen.) en la causa N° P-115.711/15.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- Sentencia recurrida

La Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, actuando como tribunal unipersonal a cargo del Dr. Víctor Hugo Comeglio, condenó a J. R. D. S. “a la pena de dos años de prisión con los beneficios de ejecución condicional y pago de costas, como autor culpable y responsable del delito de amenazas coactivas” (f. 151).

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente tuvo por acreditado que “el día 02 de noviembre de 2015, alrededor de las 12.15 hs, en el ingreso de la Comisaría N° 49, sita en Ruta 50 s/n de Rodeo del medio, Maipú, J. R. D. S. , previo a mantener una discusión con su pareja le manifestó ‘si haces la denuncia te voy a matar’, dichos que ocasionaron temor en la víctima” (f. 156).

En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica, de la cual surge que “J. R. D. S. amenazó de muerte a su pareja Y. L. P. cuando se enteró que la misma iba a denunciarlo en razón de la tensa situación en la que se encontraba inmersa la pareja, en la que existieron agresiones verbales previas –entre otros problemas familiares–, suceso que causó en la destinataria de esa amenaza una gran conmoción” (fs. 172 vta., 173).

II.- Recurso de casación

La defensa de J. R. D. S. interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme los incisos 1 y 2 del art. 474 CPP Mendoza, esto es, por adolecer de vicios in procedendo e in iudicando en el razonamiento desplegado.

i. Inobservancia de las normas procesales establecidas bajo pena de nulidad

El recurrente alega que se ha valorado únicamente el testimonio de la víctima brindado al momento de realizar la denuncia en detrimento del brindado en la instancia del debate, donde manifestó que el imputado no habría proferido la frase que dio lugar a la causa. En esta línea, considera que las conclusiones del a quo son completamente subjetivas y no se encuentran sustentadas en otras pruebas.

Agrega, por otra parte, que la víctima sufre de celotipia, padecimiento que la conduciría a sobredimensionar las características de D. S. . En consecuencia, no se alcanzaría un veredicto de culpabilidad con el grado de certeza requerido por el ordenamiento procesal.

ii. Errónea aplicación de la ley sustantiva

En el marco de este agravio, el letrado entiende que se ha realizado una errónea valoración jurídica de los hechos que se tuvieron por probados. En efecto, plantea la atipicidad de la conducta del condenado. Sostiene que la ausencia total de miedo en la denunciante –una apariencia engañosa producto de la celotipia– impediría apreciar uno de los elementos típicos exigidos por la figura penal endilgada. Acto seguido, se cuestiona asimismo el título de la intervención en tanto autoría.

Formula reserva de caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto no resulta sustancialmente procedente, por lo que corresponde confirmar la validez de la sentencia impugnada.

El titular del Ministerio Público Fiscal afirma que la estrategia defensiva radica en hacer hincapié en lo declarado por la señora Y. L. P. en el curso del debate, intentando restarle fuerza de convicción a la valoración conjunta de los indicios que sustentan el razonamiento del magistrado interviniente.

En el dictamen se pone de relieve que se ha ponderado todo el plexo probatorio y que de él se concluye válidamente que el injusto endilgado existió. Para ello, se hace referencia a pruebas puntuales.

Se concluye que la sentencia se encuentra motivada tanto en el plano probatorio como en el jurídico, al haberse alcanzado un adecuado encuadramiento jurídico-penal de un hecho debidamente acreditado.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

1. En primer lugar, ha de objetarse la argumentación ad-hominem en contra de la denunciante con el fin de restarle fuerza de convicción a los indicios que sustentan el razonamiento del magistrado interviniente. Los síntomas de celotipia en autor y víctima que sugieren algunos de los elementos incorporados al trámite de la causa no influyen en la prueba del hecho ni en su encuadramiento jurídico-penal.

2. En segundo lugar, también debe dejarse de lado la alegada ausencia de la valoración de las manifestaciones vertidas por la víctima en el debate, las cuales se opondrían a lo manifestado en sede policial. En efecto, esta circunstancia ha sido incorporada formal y materialmente al silogismo del a quo (véase en detalle fs. 165, 168 vta.); lo que implica que no solo se ha advertido la incongruencia entre las expresiones vertidas por la víctima en ambos momentos del proceso, sino que además se ha explicado válidamente por qué se decide asumir la primera versión de los hechos.

El plexo probatorio ha sido valorado en su totalidad, lo que no obsta a que pueda dársele, en el marco de la sana crítica racional, más peso a alguno de los indicios, cuyo rastreo objetivo conduce a una conclusión incriminatoria. Esta preeminencia o primariedad de la declaración brindada por la víctima en sede policial frente a lo manifestado en el debate se basa en la experiencia propia de los casos de violencia de género como factores distorsivos de la subjetividad; circunstancia que exige una especial aproximación al objeto procesal, la cual no ha escapado a la actividad jurisdiccional que aquí se analiza.

3. Finalmente, en el plano de la aplicación del Derecho, cabe decir que se encuentran satisfechos todos los elementos típicos exigidos por la figura penal endilgada, no existiendo causa alguna que justifique o excluya el reproche al condenado. El sentido comunicativo de cualquier expresión –y en ella incluyo a las

amenazas coactivas– no puede ser aprehendido si no es en relación con el contexto en el que se realiza y el rol objetivo de los interlocutores. En el caso que nos convoca a decisión es evidente la atmósfera de violencia padecida por la víctima, la cual le da a los dichos vertidos por el condenado la entidad suficiente para generar el temor requerido por la figura penal endilgada. Piénsese que aún en el caso de que el miedo al daño ya no existiese en el momento del debate, esta ausencia como tal sería una circunstancia posconsumatoria que en nada modificaría el disvalor del ilícito penal.

4. Las consideraciones precedentes me llevan a alcanzar una doble conclusión que responde ordenadamente a las cuestiones planteadas por la defensa técnica de D. S. P. , la sentencia impugnada no adolece de arbitrariedad alguna en tanto valora de manera articulada y lógica la prueba relevante para la construcción de la plataforma fáctica y la solución jurídica correspondiente. Segundo, el encuadramiento de la conducta endilgada ha sido correctamente realizado, pues no existen dudas de la concurrencia de los elementos típicos exigidos por la figura penal en cuestión.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el Dr. Pedro J. Llorente adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere. Ampliatorio.

Sobre la misma cuestión el Dr. Mario D. Adaro dijo:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de Díaz Salinas.

No obstante, encuentro oportuno y necesario abordar las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de determinar posibles responsabilidades penales respecto de hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género; y, en ese orden, analizar los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, a la que los operadores del Derecho deberán adaptarse a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme vengo señalando en pronunciamientos anteriores, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

A nivel nacional la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo

lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes. (in re “G. R. , J. J.”, autos N°13-04202269-6/1, 31 de julio de 2018).

Expresamente en aquella oportunidad referí que: “...no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género”.

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. En este sentido, in re “O. A.” sostuve que “...que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales” (Exp. N° 13-03899178-1/1, “F c/ O. A. p/ homicidio agravado”, 22/05/2018).

Sentado cuanto precede, entiendo que el Tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, construyendo a partir de todos los indicios recaudados en la investigación y reproducidos en audiencia oral, la convicción que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

De esta manera, la retractación de la denuncia realizada por la víctima en su declaración durante la audiencia oral, lo que fue motivo de agravio por parte del recurrente, y que fue satisfactoriamente superado por los fundamentos brindados por el a quo y reiterados en el voto preopinante -a los que, reitero, adhiero en su totalidad-, sólo pueden ser interpretados adecuadamente desde una cabal comprensión de todas las circunstancias especiales en las que se desarrollaron los reiterados comportamientos violentos en perjuicio de Y. y su exposición a una escalada de violencia cada vez de mayor riesgo, propia del ciclo de violencia.

Para decidir en tal sentido, el Juez sentenciante valoró las contradictorias declaraciones de Y. con la necesaria perspectiva de género que el caso sub examine requería, ello no sólo en función de los antecedentes de violencia ejercidos sobre la víctima por parte del imputado sino también, y principalmente, por el examen psiquiátrico realizado a Y. por el Cuerpo Médico Forense, de donde se desprende en lo pertinente, que presenta “indicadores de angustia, tristeza y tendencia al llanto espontáneo vinculados con los hechos de violencia doméstica denunciados. Se observan características de personalidad vulnerable y proclive a conductas de sometimiento por terceros. Tiende a minimizar y ocultar en su discurso detalles y hechos vivenciados por temor, miedo y vergüenza” (v. examen psiquiátrico de fs. 76).

Destacó el Tribunal que todos estos rasgos fueron verificados en audiencia de debate cuando “buscó cuidadosamente utilizar los giros idiomáticos más precisos posibles buscando no agravar con sus palabras la actual situación procesal de su marido...” (fundamentos de fs. 167 vta).

Es por ello, que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa Y. y, con prescindencia de tales elementos, construyó los agravios en torno a la falta de credibilidad del relato de la víctima.

En definitiva, entiendo que resulta imperioso para la defensa de los derechos de las mujeres considerar todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente es puesto en conocimiento de las autoridades y que conforman el “ciclo de violencia”. Ello permite, explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desestimiento de la denuncia –tal como aconteció en el presente caso–, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de violencia.

En este sentido, Julieta Di Corleto sostiene en relación a los lineamientos establecidos en la ley 26.485 que “...La norma en cuestión sugiere que los tribunales deben conocer las implicancias del ciclo de violencia, las derivaciones de las relaciones asimétricas de poder fortalecidas en contextos de violencia, y las prevenciones de las mujeres para acudir a la justicia, cuya limitada intervención influyó es su desamparo” (Di Corleto, Julieta, “La Valoración de la prueba en casos de violencia de género” en Garantías Constitucionales en el proceso penal, (Florencia Plazas y Luciano Hazan), Bs.As., Editores del Puerto, 2015, p.16).

De esta manera, y a partir de las observaciones formuladas al caso analizado, estimo que a lo largo de la investigación los distintos operadores del derecho cumplieron adecuadamente con los compromisos asumidos por el Estado argentino en orden a investigar los hechos que implican vulneración a derechos humanos y castigar a su responsable a través de una sentencia justa y con la necesaria perspectiva de género, asegurando, de esta manera, un efectivo acceso a la justicia para un sector vulnerable de la población.

ASÍ VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. C. Z. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 193/197, por la defensa del encausado D. S. , J. R. .
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. C. Z. en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

3- MANUEL. 28-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCE IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190228_FcMRN.pdf

Lex: Art. 149 ter, inc. 2°, supuesto b; 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 183, 55 y 45 del CP. Ley 24632. Ley 26485. Art. 416 inc. 4°, 474 del CPP.

Vox: VG. Coacciones agravadas. Amenazas simples. Daño. Concurso real. Valoración de la prueba. Impresiones de pantalla. Violencia de género. Determinación de la pena. Escala de gravedad continua.

Summa:

La Excma. **Segunda Cámara del Crimen** absolvió al nombrado del delito de amenazas simples (art. 149 bis CP, primer párrafo, primer supuesto) y lo condenó a la pena de **siete años de prisión** e inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de coacciones agravadas por compeler a una persona a hacer abandono de una provincia, amenazas simples y daño simple, todo en concurso real (art. 149 ter, inc. 2, supuesto b; 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 183, 55 y 45 del CP), amenazas simples por seis hechos en concurso real (art. 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 55 y 45 del CP), amenazas simples por dos hechos en concurso real (art. 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 55 y 45 CP) y del delito de amenazas simples (art. 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria por parcial, en un tramo de la sentencia, y por errónea en otro tramo. Sostiene que hay dudas en relación con la autoría, mas no en cuanto a la existencia del hecho. Critica el monto de la pena por excesivo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 9122., pronunciada por la Excma. Segunda Cámara del Crimen -1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ontiveros Arancibia. 22-08-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- L.S. 183-188; 202-001; 269-234.
- Teves Lucero. 05-07-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI1MzY=&tabla=c2M=>

Parágrafos destacados: "...En hecho de que la víctima exponga en debate un relato de los hechos notoria y manifiestamente contradictorio al contenido en su denuncia, hace que luzca ajustado a los casos típicos de hechos de violencia que se presentan en el marco de relaciones amorosas disfuncionales, de carácter violentas, donde la relación transita diversas etapas que inciden en la visión y percepción de los hechos de parte de quienes resultan perjudicados. ... En el marco del derecho penal frente a hechos que denuncian como casos de "violencia doméstica y de género" en que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima que convive con él, en una relación convivencial que tiene por víctima a una mujer, a la que intimida y trata con violencia, en virtud de una relación vital en que se halla, el estudio

de la prueba adquiere características especiales, en cuyo caso, no puede prescindir de un abordaje contemplativo de las particulares circunstancias. ... En el marco del derecho penal el contexto de violencia comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresista, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general. Dicha segmentación no puede hacer perder valor probatorio al integrar fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes...”.

b-CSJN

- Fallos: 305:1602.

Parágrafos destacados

“[E]l ‘contexto de violencia’ comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al **fenómeno pluriofensivo** de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades de agresión”.

“[L]a categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio requerido para el dictado de una sentencia condenatoria”.

“[S]i el recurrente aportó documentación probatoria [...], la que no fue valorada por el a quo pese a que su análisis podría resultar conducente para la eficaz solución del caso, el pronunciamiento recurrido se alcanzó con omisión de elementos de prueba incorporados a la causa y que se vinculan estrechamente con lo que ha sido materia de decisión que **lo descalifican como acto judicial** en los términos de la doctrina de la arbitrariedad”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Disidencia).

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04351006-6/1((010502-36649)) F. C/ M. R. N. A. P/ COACCIONES AGRAV. POR COMPELER A UNA PERSONA A HACER ABANDONO.... (36649) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104427784*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04351006-6/1, caratulada "F. C/ M. , N. A. P/ COACCIONES AGRAVADAS".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La Defensa técnica de N. A. M. R. interpone recurso de casación (fs. 520/528) contra la Sentencia N° 9.122 (f. 503) y sus fundamentos, mediante la cual la entonces Segunda Cámara del Crimen, en Sala unipersonal, absolvió al nombrado del delito de amenazas simples (art. 149 bis CP, primer párrafo, primer supuesto) que le fuera imputado en el marco de los autos P126.695/16 y lo condenó a la pena de siete años de prisión e inhabilitación absoluta por igual término como autor penalmente responsable del delito de coacciones agravadas por compeler a una persona a hacer abandono de una provincia, amenazas simples y daño simple, todo en concurso real (art. 149 ter, inc. 2, supuesto b; 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 183, 55 y 45 del CP) en los autos P36.649/17; del delito de amenazas simples por seis hechos en concurso real (art. 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 55 y 45 del CP) en los autos P-30.268/17; del delito de amenazas simples por dos hechos en concurso real (art. 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto, 55 y 45 CP) en los autos P-23.374/17; y del delito de amenazas simples (art. 149 bis, 1º párrafo, 1º supuesto del CP) en los autos P27.233/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez interviniente tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que: El día 06 de febrero de 2017, siendo las 00.51 horas aproximadamente, la víctima B. R. L. Z. estaba en el domicilio de su padre ubicado en Barrio ..., Mendoza, cuando recibió mensajes de "whatsapp" en su celular cuyo remitente era su ex pareja N. M., que decían "no te metas con S. o vas a tener problemas, voy a ir hasta tu trabajo y te voy a buscar, vos a mí no me conoces, no sabés lo que soy capaz de hacer, vos no me conocés a los corte [...] dan cualquier cosa por hacerme favor a mi si vos seguís molestando [...] algo te puede pasar, quedarte sin pelos, por ejemplo, o que esa remerita rosada te quede llena de sangre, no dejes el auto al sol así pasan los accidentes, sería una pena que pase del gris al negro" Asimismo, el día 04 de marzo de 2017, siendo aproximadamente las 17.16 horas, mientras se encontraba en el mismo domicilio del Barrio ..., recibió mensajes de texto donde N. M. le manifestó "espero que hayas disfrutado la salidita de anoche porque ahora sí que te hago la vida imposible, te lo advertí, te lo tomaste en joda y encima me bloqueás cagona, ahora se te viene el infierno [...] a muy lindo sobrino, ese de la foto, ya voy a averiguar donde vive por puta, por sorete la van a pagar todos los tuyos [...] ojalá te haya gustado la ida a Mr. Dog y al parque, no te van a quedar pelos para que te acaricie el aire [...] ya sé cual es tu

sobrino hermana, tu hermano, me falta averiguar dónde viven, ya vas a ver se te viene la noche [...] desbloqueeame o voy a tu trabajo y te arranco el pelo tan bonito que tenés [...] que feo que sería que se junten los dos ... en el cielo, no?”, dichos que generaron miedo en la víctima (autos N° 23.374/17).

El día 20 de marzo de 2017 siendo aproximadamente las 08.25 horas, en calle ..., N. M. le envió a B. L. mensajes a su celular número ... en donde le manifestó “eh guacha culpada, vos me denunciaste hija de puta, conchuda, la vas a seguir pasando mal hasta que te vayas de Mendoza, y no solo vos, tu familia también, ya sabe que no hablo al pedo” lo que causó temor en la víctima (autos N° 27.233/17).

El día 24 de marzo de 2017, aproximadamente a las 11:57 horas en ..., N. M. le envió varios mensajes de “whatsapp” al teléfono celular de B. L. en donde le manifestó “vas a seguir sin contestar, a cuál de los tres autos le va a pasar algo, al verde, al tuyo o a la camioneta?”. Al día siguiente, siendo las 15:38 horas le manifestó “te vas a dejar de joder o me meto con los tuyos”. El día 26 de marzo de 2017 a las 08:41 horas le envió “contestá, no tenés huevos, hablá y bloqueame, yo mañana compro otro chip y te torturo y se te empiezan a poner las cosas peor”. Posteriormente, el día 27 de marzo de 2017 le envió un mensaje diciendo “estás solita hoy en casa, los demás han salido, no tenés miedo que te pase algo?”. El día 28 de marzo a la hora 10.56 le dijo “cortála, ya no hagamos que se compliquen las cosas, te voy a matar”. El día 30 de marzo de 2017, siendo las 19.48 horas le manifestó por mensaje “sabés que esto no se va a acabar hasta que no desaparezcas”, a las 21, 49 horas “voy a tu barrio a ver qué pasa, que no le vaya a pasar a tu auto o a la camioneta lo que le pasó a tu hermana” refiriéndose a que al auto de su hermana alguien le arrojó líquido de freno arruinándosele la pintura. Todos estos mensajes causaron temor a la víctima (autos N° 30.268/17).

En fecha y hora no precisadas, pero entre el día 10 y el día 14 de abril de 2017, mientras B. L. se encontraba en su lugar de trabajo en calle ..., N. M. le manifestó a través de mensajes de texto “ándate de la provincia, no te quiero acá, me cansaste. Me vas a pedir por favor que te deje vivir, entendiste pelotuda?”. Luego, aproximadamente para la misma fecha y encontrándose la víctima en el mismo lugar, N. M. le envió un mensaje por teléfono celular con una fotografía de balas escribiéndole que con esas balas la iba a matar. Posteriormente, el día 28 de abril de 2017, siendo aproximadamente las 01:00 horas, B. L. estaba en calle ... N° 1671 del de ..., ..., dentro de un vehículo marca ..., modelo ..., dominio ..., cuando pasó por el lugar N. M. a bordo de un automotor color rojo marca ..., modelo ..., en compañía de tres sujetos no habidos ni identificados, y sacó la cabeza por la ventanilla del vehículo y efectuó dos disparos hacia la víctima con un arma de aire comprimido, los cuales impactaron en el vehículo de la misma, provocando uno de ellos un orificio en sector medio de luneta con rotura concéntrica alrededor del mismo y trizadura en la totalidad del vidrio. Inmediatamente después de los disparos, encontrándose aun la señora B. L. en el domicilio señalado, N. M. le manifestó mediante mensajes de texto “llegó el regalo, venite para el fondo si querés, acá hablamos, es largo el camino a casa, te voy a acompañar así no te perdés, no vaya hacer que te pase algo más, jaja” (autos N° 36.649/17).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios de B. L. y S. A. , el descargo del imputado, las copias simples de las capturas de pantalla de los mensajes de texto recibidos por la víctima, el informe y la declaración de la ..., Psicóloga del Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), el croquis del recorrido y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de N. M. considera que el tribunal de juicio al momento de dictar sentencia ha incurrido en vicios in procedendo. En concreto, entiende que, si bien no existen dudas en cuanto a la existencia de los hechos objeto del proceso, si las hay en relación con la autoría. Este extremo de la imputación que no

habría sido suficientemente acreditado y, en consecuencia, debería conducir al dictado de una absolución por el beneficio de la duda.

La hipótesis defensiva postula que los mensajes de texto amenazantes y el daño ocasionado por los disparos de un rifle de aire comprimido son atribuibles a una tercera persona llamada Giuliana, pareja de S. A. . B. L. al poco tiempo de terminar su vínculo con N. M., habría comenzado una relación con S. A. , quien a su vez se encontraba en pareja. Así, la autora de las amenazas –y el daño– sería Giuliana, quien, despechada por la pérdida de su relación con S. A. , habría comenzado a hostigar a su nueva pareja, B. L. Los argumentos brindados por el recurrente son los siguientes: a) en la sentencia se omitiría considerar una serie de mensajes de texto, cuyo sentido daría cuenta de que S. A. tenía una relación al momento de comenzar su relación con B. L. , y de que el remitente de los mensajes de texto sería una mujer que pretende persuadir a la víctima de que deje de ver a S. A. (me remito por razones de brevedad a las fs. 522 vta./523 vta.). b) el juez de sentencia no habría ponderado aspectos centrales de la declaración de N. M., los cuales se encontrarían sostenidos en otros elementos de prueba que corroborarían los extremos de su descargo (527 vta./528). c) el tribunal de juicio habría realizado un inadecuado juicio valorativo de los indicios derivados de las declaraciones de B. L. y S. A. (fs. 524 vta./527).

En suma, el defensor postula que el tribunal de juicio ha realizado, en unos tramos de su sentencia, una valoración parcial de la prueba, y en otros, una valoración errónea.

Por el contrario, según su modo de ver, el correcto análisis de las constancias obrantes corroboraría la versión brindada por el imputado en orden a su ajenidad a los hechos y haría verosímil la existencia de una tercera persona, a quien le serían atribuibles las amenazas.

En otro orden de ideas, en lo que respecta a la determinación de la pena, la defensa entiende que se ha establecido un monto excesivo, sin considerar circunstancias de atenuación.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 545/547).

Argumenta que el recurso se estructura, en términos generales, en torno a la discrepancia del recurrente con la valoración del plexo probatorio de autos, pero que, en efecto, la sentencia se encuentra debidamente fundada. En apoyo de esta tesitura explica que el tribunal de juicio consideró como convincentes, claras, contundentes y sin contradicciones las declaraciones de B. L. , Fabiana L. y S. A.

Agrega que la declaración de la víctima fue correctamente valorada como una testigo veraz, sin motivos para perjudicar al imputado y que, su descargo consistiría en explicaciones incoherentes. En este sentido, se pone de relieve que es ilógico el recorrido que N. M. afirma haber realizado el día que B. L. fue víctima de disparos de aire comprimido al automóvil en el que se desplazaba.

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

A los efectos de contestar ordenadamente los agravios esgrimidos por el recurrente, en primer lugar (a), explicaré por qué entiendo que la sentencia del a quo se encuentra debidamente motivada en lo que se refiere a la corroboración de la hipótesis acusatoria y, a su vez, proporcionaré las razones que me conducen a descartar la idoneidad de la hipótesis defensiva para introducir una duda razonable sobre la

prueba de la autoría de N. M.. En segundo lugar, haré referencia al agravio relativo a la individualización de la pena (b).

a.- Acerca de los cuestionamientos sobre la motivación de la sentencia.

El magistrado sentenciante consideró –salvo en los autos N° 126.695– acreditada la hipótesis acusatoria. Según ella, N. M. no habría tolerado la ruptura de su relación con B. L. y, obsesionado con recuperar el vínculo, o vengarse, la hostigó con amenazas, coacciones y daños. Probados los hechos objetos de la acusación y advertida esta motivación en el actuar del acusado, el a quo alcanzó la conclusión de que N. M. era el autor individual de los hostigamientos.

No siendo objeto de agravio la existencia material de las amenazas, coacciones y daños –tal como se describen en el punto I de este desarrollo–, sino únicamente la atribución de responsabilidad a título individual, me centraré en los elementos de prueba que conectan los hechos con la persona de N. M. y que han sido considerados por el a quo como fundamento de su condena.

El tribunal de juicio considera que el imputado emprendió una serie de conductas con el fin de amedrentar e intimidar a la víctima. Las mismas persistieron en el tiempo y fueron agravándose progresivamente, hasta transformarse, conforme lo detallado supra, en amenazas, coacciones para abandonar la provincia y daños. Salvo en el caso de los disparos con el rifle de aire comprimido, el principal medio utilizado por N. M. fueron mensajes de texto vía “Whatsapp” desde líneas telefónicas diversas que no estaban registradas a su nombre.

La maniobra delictiva implicó un minucioso trabajo, pues, no sólo debió hacerse con líneas telefónicas diversas, sino que, además, intentó ocultar su identidad bajo la apariencia de una mujer. Sin embargo, esta persona, que según el recurrente sería la verdadera autora de los hechos objeto del proceso, ha sido correctamente descartada como posible responsable de los delitos imputados, existiendo, por el contrario, numerosa prueba que acredita la hipótesis acusatoria en contra N. M..

En efecto, el a quo advirtió que el hostigamiento –que se tradujo en diversas formas de agresión a la persona de B. L. – se debe a que N. M. no toleró la ruptura de su relación sentimental, y así, canalizó su frustración agrediendo a quien fuera su ex pareja. Esto se encuentra sostenido en la declaración testimonial de B. L. en sede de instrucción, donde manifestó que tenía la certeza de que el remitente de los mensajes era su ex pareja (véase acta de denuncia a f. 2 de los autos N° P-30268/17). A su vez, a f. 2 vta. expresó que el imputado era la única persona que podía reaccionar así, porque hacía poco tiempo que se habían peleado y él estaba obsesionado con volver con ella. Este testimonio fue ratificado y ampliado en este mismo sentido en sede de debate.

A su vez, la verosimilitud de lo declarado por la víctima fue señalada por la ..., psicóloga del Equipo Profesional Interdisciplinario, quien expresó que el relato de la víctima poseía un importante grado de credibilidad, compatible con el estado psíquico y el compromiso emocional de aquella al expresarse. Agregó, asimismo, que “surge un vínculo disfuncional con su pareja, con patrones comunicacionales agresivos a nivel verbal, psicológico y físico, a partir de una relación asimétrica en la cual el varón adopta una postura de control y dominio sobre la mujer quien se ubica en una posición de sumisión” (fs. 70 y s.). El a quo consideró estos elementos y concluyó que la víctima ha mantenido la coherencia de su relato y es una testigo veraz que narra los hechos con la precisión y espontaneidad de quien los ha vivido (f. 509 vta.). Esta apreciación del testimonio de B. L. es fundamental como prueba de cargo contra de N. M.. En efecto, la víctima fue categórica al afirmar que los mensajes amenazantes que hacían referencia a su sobrino solo los pudo enviar su ex pareja, quien conocía perfectamente el tema de la muerte de su

hermano que también se llamaba Agustín. Asimismo, la denunciante declaró en la audiencia que el imputado era el único que podía conocer la dirección de su padre y que utilizaba una camioneta.

Por otra parte, que N. M. era el remitente de los mensajes de texto surge del mensaje del día 20 de marzo de 2017 cuando le manifestó a la víctima “he guacha culiada, vos me denunciaste hija de puta, conchuda, la vas a seguir pasando mal hasta que te vayas de Mendoza, y no solo vos, tu familia también, ya sabe que no hablo al pedo” (autos P-27.233/17). Ello en tanto, los mensajes amenazantes comenzaron a los pocos meses de que N. y B. pusieron fin a su relación, en fecha 06 de febrero de 2017 y prosiguieron en fecha 04 de marzo del mismo año, lo que motivó a esta última a realizar la correspondiente denuncia (autos P-23.374/17).

A fin de determinar la autoría de los hechos, el juez interviniente valoró la secuencia temporal existente entre las amenazas de los autos P-23.374/17 (para fecha 06 de febrero y 04 de marzo de 2017) y las de los autos P-27.233/17 (para fecha 20 de marzo de 2017), las cuales se produjeron cuando el imputado tomó conocimiento de que había sido denunciado. Al respecto, B. L. relató que a la única persona que había denunciado era N. M., por lo que no tenía dudas de que él era el remitente del mensaje. Por otro lado, cuando el imputado escribió a la víctima que la iba a seguir pasando mal (véase supra) expresa una sucesión temporal que bien puede interpretarse como una continuación de los mensajes anteriores y un anuncio de que no iban a cesar.

Asimismo, la referencia a la familia de la víctima también habla a favor de que el responsable de las amenazas era la misma persona, más aún cuando la hermana de la víctima había sido víctima de una agresión que consistió en el derrame de líquido de freno sobre su automóvil. Así, en el hostigamiento de N. M. a B. L. se puede advertir un patrón que hace referencia –además de ella misma– a su familia y al propósito de que abandone la provincia. Indicios de la conexidad existente entre los diversos hechos imputados.

Que el espiral de violencia psicológica al que N. M. sometió a B. L. iba en aumento, se comprueba en el hecho investigado en los autos P-36.649/17, donde el imputado, insistiendo con su abandono de la provincia, se trasladó en su automóvil en compañía de tres personas no identificadas y efectuó dos disparos con un rifle de aire comprimido hacia el automóvil en el que se encontraban la víctima y su pareja. En relación con estos hechos, en contra de lo pretendido por el recurrente, tampoco existen dudas de la autoría de N. M.. Así lo ha entendido correctamente el juez sentenciante cuando, a partir de los testimonios de B. L. y S. A. , determinó que el ejecutor de los disparos fue el acusado. Lo cual fue corroborado por los mensajes de texto recibidos antes y después del ataque, así como por la declaración testimonial de B. L. y S. A. , quienes fueron categóricos al relatar la dinámica de los hechos, describir el automóvil e identificar a N. M. como autor de los disparos (fs. 512 vta./513).

En consecuencia, la hipótesis acusatoria ha sido acreditada con base en: a) el testimonio de la víctima que señala categóricamente a N. M. como el autor de los mensajes amenazantes, daños y coacciones, relato que ha sido calificado como creíble por el juez sentenciante con base en su percepción inmediata, corroborada por la opinión de la Lic. A. ; b) el testimonio de S. A. y Fabiana L. , que se expresan en la misma línea; c) la información privada de la víctima y su familia revelada en los mensajes enviados por el imputado que este habría adquirido producto de sus años de relación con la víctima; y, por último, d) la sucesión temporal existente entre la primera denuncia y el mensaje posterior en el que N. M. le reprocha a la víctima que lo haya denunciado y le expresa va a continuar padeciendo.

Resta por analizar la explicación de los hechos aportada por la defensa, según la cual, si bien los hechos habrían existido, no sería su defendido el responsable. En este sentido, argumenta que la autora de las

amenazas, coacciones y daños sería una ex pareja de S. A. . Así, y según la defensa, B. L. al poco tiempo de terminar su vínculo con N. M. habría comenzado una relación con S. A. , quien a su vez se encontraba en pareja. Esta última al tomar conocimiento de aquella situación, habría comenzado a hostigar a la víctima. A continuación, desarrollaré los argumentos brindados por la defensa en orden a sostener esta versión de los hechos, los cuales, como explicaré, no alcanzan para introducir una duda razonable que incline la balanza a favor del imputado.

En primer término, la defensa cuestiona la valoración realizada por el a quo de las impresiones de pantalla de “Whatsapp” llevadas a cabo por el tribunal de juicio. En este sentido, alega que de los mismos surge claro que la remitente es una mujer.

Sin embargo, en contra de esta visión de los hechos, el a quo ha referido, con base en el testimonio de la víctima y el resto de los elementos de convicción señalados en el acápite anterior, que la estrategia del imputado consistía en hacerse pasar por una mujer. Frente a ello, creo que tampoco son suficientes los mensajes que la defensa entiende no han sido considerados en la sentencia y que hablarían a favor de la inocencia de su representado.

La defensa cita mensajes en los que parecería que B. L. se encuentra hostigada por una mujer que le reprocha su relación con S. A. (en honor a la brevedad me remito a fs. 522 vta./523 del recurso). Sin embargo, esto no habla forzosamente a favor de la inocencia de N. M.. Bien porque puede haber sido el mismo imputado el autor de esos mensajes haciéndose pasar por una mujer, tal cual pone de relieve el juez sentenciante, bien porque B. L. puede haber recibido junto con los mensajes del imputado, mensajes de otra persona que reprobese su nueva relación.

Más allá de la literalidad de los mensajes, como expliqué en el punto anterior, el a quo descrea de la versión defensiva con base en el testimonio de la víctima, calificado de creíble; la información privada que revelaban los mensajes –que sólo podía ser conocida por N. M.–; el sentido de los mensajes que le reprochan a B. L. el haberlo denunciado; y su identificación como autor de los disparos. Si bien es cierto que los teléfonos de ambas partes han sido peritados por personal técnico y no constan llamadas de N. M. hacia su ex pareja que acredite una actividad persuasiva, no es menos cierto que la metodología de hostigamiento del autor consistía en utilizar números de teléfonos de líneas pre-pagas que no era posible vincular a una persona en concreto.

Junto con ello debe descartarse la crítica defensiva a la valoración de los testimonios de B. L. , Fernanda L. y S. A. El recurrente expresa que estos testimonios no fueron contundentes, espontáneos o sinceros. En esta línea, pone de relieve que tanto la denunciante como su pareja debieron ser orientados con base en la lectura de lo declarado en la instrucción, así como que la víctima habría sido errática en relación con la existencia de un arma de fuego en poder del imputado y que S. A. habría dado respuestas evasivas cuando se lo interrogó en relación con la existencia de una ex pareja llamada Giuliana. Sin embargo, estas observaciones no consiguen hacer decaer la validez del razonamiento del a quo. En efecto, la defensa plantea un análisis fragmentado de la prueba en la que toma únicamente los elementos que son favorables a la situación de su defendido, los cuales son completamente opacados por la numerosa y coincidente prueba de cargo que obra en su contra.

En otro orden de ideas, en relación con la imputación de los autos P-27.233/17, la defensa postula que N. M. tomó conocimiento de la denuncia mucho tiempo después del 22 de marzo de 2017, en tanto el acta de imputación formal fue notificada el 21 de diciembre del mismo año. Sin embargo, de ningún modo ello obsta a que el nombrado haya podido tomar conocimiento de la denuncia por otros medios. Máxime cuando era la única persona a la que B. L. había denunciado por amenazas.

Por último, e independientemente de la prueba de cargo que obra en su contra, el tramo de su descargo relativo a la imputación en el marco de los autos P-36.649/17, ha sido correctamente valorado por el tribunal de juicio en contra de la verosimilitud de la hipótesis defensiva. En efecto, el imputado manifestó que la noche del hecho se encontraba con un amigo en la zona de Dorrego y que en un momento decidieron ir a comprar cerveza a un lugar que vendía bebidas alcohólicas en horas nocturnas. Así, se desplazaron hasta la zona de Las Heras donde se encontraba dicho local, pasando por las inmediaciones del lugar de los hechos en horas de la madrugada. Los disparos a la luneta del automóvil en el que se encontraba la víctima se realizaron esa noche, aproximadamente a la hora una de la madrugada, cerca de donde N. M. dijo que transitó para comprar cerveza.

A esto debe agregarse que B. L. y S. A. fueron categóricos al describir el automóvil desde el que se realizaron los disparos –el cual coincide en marca, modelo y color con el que pertenece al imputado– y a N. M. como su ejecutor material. Este cuadro transforma en inverosímil el descargo del acusado. Frente a ello no es suficiente con referir matices accesorios en relación con la descripción de los hechos (llevar las luces encendidas o la velocidad a la que circulaba). La defensa postula que, en verdad, ninguno de los dos habría identificado a N. M. y que S. A. habría convencido a B. L. de que el verdadero autor era su ex pareja para encubrir al verdadero autor de los hechos. Sin embargo, esta versión de los hechos descalifica infundadamente a la víctima y se contrapone a los testimonios prestados en sede de debate, de los cuales no existen razones para descreer.

En suma, la defensa no consigue introducir una duda razonable en relación con la prueba de la autoría. Su versión de los hechos no se encuentra sostenida en los elementos de convicción y realiza una interpretación parcial del plexo probatorio de manera favorable a los intereses de su representado, ignorando o quitándole valor a la prueba de cargo que acredita la autoría de N. M. por los hechos imputados.

Por último, antes de analizar el siguiente punto de agravio, me interesa poner de relieve que la actividad de valoración de la prueba en contextos de violencia contra la mujer no puede permanecer ajena a la perspectiva de género. Ella permite explicar ciertas particularidades de la dinámica de los hechos, así como el papel central de la declaración de la víctima mujer y los eventuales matices que esta puede presentar durante las diversas etapas del proceso. Sobre esto, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en **“Teves Lucero”** (CUIJ N° 13-04268432-9/1).

La incorporación de la perspectiva de género a la actividad de valoración de la prueba por los órganos judiciales, se desprende de los deberes asumidos por el Estado mediante las leyes 24.632 –por la que se aprueba la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”– y 26.485 –“Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”–.

Al respecto, cabe sostener que frente a hechos que se producen en un contexto de violencia contra la mujer, en el que el varón ejerce su poder en relación con una víctima mujer, a la que intimida y trata con violencia, el estudio de la prueba adquiere características especiales. En estos casos no puede prescindirse de un abordaje contemplativo de las particulares circunstancias en las que se desarrollan los actos de violencia.

Precisamente, el “contexto de violencia” comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al

fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades de agresión, tal como sucede en el caso sometido a decisión.

De allí, que cobra especial relevancia el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por pruebas e indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional.

En efecto, el hecho bajo estudio puede encuadrarse como un caso de violencia de género, pues, B. L. era particularmente vulnerable a las agresiones de N. M. por su carácter de mujer. Ello se desprende tanto del sentido de los mensajes de texto recibidos por la víctima –en algunos de ellos el autor le enviaba fotos de notas periodísticas en las que la víctima era una mujer–, así como por el contenido del informe psíquico efectuado a la víctima por los profesionales del E.P.I. (fs. 70/71, véase en detalle supra). Todo lo cual pone de relieve los patrones comunicacionales agresivos que dan cuenta de una relación violenta en la que se encontraba B. L.

En conclusión, en este aspecto y, vinculado a las consecuencias que la adopción de la perspectiva de género acarrea en materia procesal, debe aclararse que la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio requerido para el dictado de una sentencia condenatoria. Por el contrario, lo que impone la presencia de un supuesto de violencia contra las mujeres es el particular modo de valoración de cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa, de manera tal que un mismo indicio puede tener distinto valor en función del contexto, si se trata de un caso genérico o de un caso de violencia de género.

b.- Sobre la crítica a la individualización de la pena.

Si bien el agravio central de la defensa consiste en cuestionar la prueba relativa a la autoría, en el punto IV de su escrito refiere que “a la hora de valorar la pena se ha establecido un monto excesivo, sin considerar circunstancias extraordinarias de atenuación”. No obstante, esta lacónica afirmación no concretada por el recurrente, al no encontrarse debidamente fundamentada debe ser descartada.

Más allá de ello, advierto que el magistrado sentenciante ha motivado correctamente la pena impuesta a N. M.. A fs. 516 vta./518 en el acápite titulado “Pena”, el a quo pondera la naturaleza y modalidad del ilícito, prologando su decisión con base en la normativa pertinente con cita a doctrina especializada.

En concreto, el juez a quo ha valorado como circunstancias agravantes de notoria significación al daño causado por el delito, en tanto se habría menoscabado la psiquis de la víctima, no solo por el número de hechos, sino por el temor real y efectivo que padeció, acentuado, a su vez, por la mayor vulnerabilidad derivada de su diabetes, la cual era conocida por el autor (f. 517).

Con el mismo temperamento, ponderó la edad del condenado, pues ya se encontraba en la etapa de plena madurez, lejos de la inexperiencia propia de la juventud y, también, lejos del deterioro propio de la vejez. Por último, meritó como agravantes su grado de educación – universitario, aunque incompleto– lo que le permitiría comprender más fácilmente las consecuencias del delito y los vínculos personales con la víctima, ya que entre ellos hubo mediado una larga relación y convivencia (f. 517 vta.).

Finalmente, el magistrado tuvo en cuenta que el concurso atribuido presenta un mínimo de cinco años y un máximo de treinta y tres, con lo cual la pena impuesta apenas se separaría del mínimo y no llegaría siquiera a la mitad del primer tercio. Todo ello, según **una escala de gravedad continua**, lo que implica que la condena impuesta ha de considerarse proporcionada al quantum de la culpabilidad (f. 518).

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que ha de rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de N. M..

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de N. M.

No obstante, encuentro oportuno y necesario abordar las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de determinar posibles responsabilidades penales respecto de hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género; y, en ese orden, analizar los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional, a la que los operadores del Derecho deberán adaptarse a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de este Supremo Tribunal: la efectiva protección de derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme vengo señalando en pronunciamientos anteriores, la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima.

A nivel nacional la Ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), establece criterios en la interpretación de la prueba, que si bien constituyen pautas generales, importan un compromiso para el juzgador de valorar la prueba con perspectiva de género, es decir, con una mirada integral de la problemática, analizando las particularidades que presenta cada contexto en que se desarrolla el hecho. De esta manera el art. 16 de la referida normativa establece la garantía que la investigación se realice bajo un estándar de amplitud probatoria para acreditar los hechos “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”, en tanto el art. 31 conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (in re “**Galdeano Reyes, Juan José**”, autos N°13-04202269-6/1).

Expresamente en aquella oportunidad referí que: “...no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género”.

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. En este sentido, in re “**Ontiveros Arancibia**” sostuve que “... si bien la aplicación del orden supranacional

y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece sólo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales” (Exp. N° 13-03899178- 1/1, “Fc/ Ontiveros Arancibia p/ homicidio agravado”).

Sentado cuanto precede, entiendo que el tribunal sentenciante interpretó en forma satisfactoria los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, construyendo a partir de todos los indicios recaudados en la investigación y reproducidos en audiencia oral, la convicción que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

De esta manera, la jueza a quo valoró las declaraciones de B. L. con la necesaria perspectiva de género que el caso sub examine requería, tomando especial consideración no sólo en el relato de los hechos brindados por la víctima, el que se mantuvo inalterable en lo sustancial a lo largo del proceso, sino principalmente los elementos objetivos que corroboran los extremos de la imputación.

Es por ello, que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima y, con prescindencia de tales elementos, construyó los agravios en torno a la falta de credibilidad del relato de la víctima.

De esta manera, y a partir de las observaciones formuladas al caso analizado, estimo que a lo largo de la investigación los distintos operadores del derecho cumplieron adecuadamente con los compromisos asumidos por el Estado argentino en orden a investigar los hechos que implican vulneración a derechos humanos y castigar a su responsable a través de una sentencia justa y con la necesaria perspectiva de género.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Sin perjuicio de compartir las consideraciones realizadas por mi colega de Sala en relación con las particularidades probatorias que deben tenerse en cuenta al momento de determinar posibles responsabilidades penales respecto de hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género, analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, **anular la sentencia emitida** y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se efectúe un nuevo juicio. Doy razones.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por el recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4) del C.P.P.

Tal como se desprende de los fundamentos en análisis, el juez interviniente llegó a la conclusión condenatoria aquí recurrida luego de articular los dichos de la denunciante con las declaraciones de S. A.

y las impresiones de pantalla de “Whatsapp” obrantes en la causa. Asimismo, le restó credibilidad al descargo del imputado, con base en lo que serían indicios de mala justificación y la ausencia de prueba que sostenga sus declaraciones.

Sin embargo, los elementos de prueba individualizados precedentemente no constituyen la totalidad del cuadro probatorio incorporado a la causa. En efecto, conforme surge de las constancias de autos y más precisamente del acta de debate, durante el debate oral y público se dispuso la incorporación de la prueba oportunamente ofrecida y producida por las partes, con la conformidad de éstas. A partir de ese momento, cada uno de los elementos de prueba allí individualizado comenzaron a formar parte de la causa y correspondía que fueran ponderados individual y conjuntamente por el juzgador, a fin de asignarles un determinado valor o disvalor, de cargo o descargo, o bien descartarlos por no resultar pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

No obstante, advierto que, en la presente causa, **el sentenciante ha omitido considerar completamente algunos de los elementos probatorios** allí consignados, tales como determinadas impresiones de pantalla de “Whatsapp” que darían cuenta de mensajes amenazantes, los cuales, tal como pone de relieve la defensa, introducirían dudas no despejadas en relación con la autoría de los hechos de los que fuera víctima B. L. En efecto, el juez interviniente **no despeja correctamente la hipótesis defensiva** relativa a que las amenazas, coacciones agravadas y daño habrían sido ejecutadas por una tercera persona de nombre Giuliana, la cual habría obrado motivada por los celos a S. A. –pareja de B. L. –.

Con ello, me refiero a los mensajes obrantes a fs. 3/5, en donde se observa que el remitente escribe “quien sos?” y B. L. responde “vos quien sos????”, a lo que el remitente replica “y qué tenés que ver con el ... (S.)? Anoche le rebisé el celu a el cuando se qdo dormido y tiene muchos, demaciados mensajes tuyod [...] quisiera saber por xq? [...] Pr que me qrs ver. So ya le dijiste al Y se enojó conmigo. Esto lo tenemos que arreglar nosotras [...] Sé feliz y dejanos se feliz a nosotros [...] Vos le seguís mandando mensjs al Toda la siesta jodiendo. Vos t l tmas a gracia Pero jode Q venga una pendeja y se meta en lo q n es sullo [...] Por un amor una hace todo. Mas que venimos remando hace banda. Pero el problema sos vos que estás en el medio” (fs. 3).

A su vez, a fs. 4 obra un mensaje –tampoco valorado por el juez de sentencia– en el que se lee “Vos a mi no me conocés. Soy de la barra del Y te va a ir muy mal. Yo n jodo. Es la segunda vez q te hablo bn. Se cual es tu auto tu trabajo. Ti casa. Q s juntan en el parque centra. Todo lo se [...] Y en la barra estn los ... que el ... los conoce. Y dan cualquier cosa por jacerme un favor a mi” [...] Todo lo tenés que contr lo que hablamos pelotuda [...] A mi que me importa. Vos me jodes mi relación. Yo te jodo la vida. Esto lo terminás vos cdo quieras. Raro q t metas con un hombre q no es tuyo. Tanto miedo tenes que le contás todo al Y me vardea a mi. Sos una hdp. Yo me voy a pelear con el. Pero vos no te salvas.”

La defensa, también hace referencia a un mensaje en el que se daría cuenta de que el remitente de los mensajes sería una mujer, los cuales no habrían sido considerados por el a quo: “Mirá flaca yo no quería llegar a bardear tanto [...] No es con vos la bronk pero molesta cdo se meten con lo q es de una. Encima te quise hablar bn y vs te iciste la vaga [...] Pero si me molesta q se metan con lo mio, voy a defender como una leona. Me jodia mucho verlo salir a la noche en moto sin saber dnde iba. Hasta que me entere po su cel q se juntaba c vos. Y me dio mansa vena. Vos te crees q es lindo verlo salir sin saber a donde va y desp ver q no se conecta mas q no esta mas en línea por un rato [...] O que te llamen tus amigas y que te digan esta la moto del ... aca n l parque central pegado a un auto gris [...] No tenés idea c quien t metes. Preguntale al

Al respecto, entiendo que la resolución impugnada se encuentra viciada de arbitrariedad al haberse omitido valorar el sentido de estos mensajes, los cuales podrían haber hecho variar la solución adoptada en relación con la autoría de los hechos que se entienden probados. Ciertamente, de los fundamentos en estudio no surge que el a quo haya analizado de forma alguna las pruebas referidas precedentemente y, si bien sostiene que los dichos de la víctima son creíbles, advierto que no los ha confrontado con la información que aportan las **impresiones de pantalla** referidas.

En síntesis, el juez interviniente ha tenido por plenamente creíble el relato de los hechos efectuado por B. L. , basándose en un **análisis fragmentario de la prueba** incorporada al haber omitido considerar parte de ella. Dicho de otro modo, el sentenciante ha llegado a la conclusión condenatoria sin haber efectuado una **valoración integral** y, mucho menos individual, de la totalidad de los elementos de prueba incorporados a la causa, tal como exige la legislación de forma para tener a una sentencia como válida.

Lo expresado precedentemente pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del C.P.P. Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que «[s]i el recurrente aportó documentación probatoria [...], la que no fue valorada por el a quo pese a que su análisis podría resultar conducente para la eficaz solución del caso, el pronunciamiento recurrido se alcanzó con omisión de elementos de prueba incorporados a la causa y que se vinculan estrechamente con lo que ha sido materia de decisión que lo descalifican como acto judicial en los términos de la doctrina de la arbitrariedad» (Fallos: 305:1602).

Atento a las consideraciones precedentes y la solución que propicio, no resulta necesario expedirme en relación al resto de los agravios esbozados por el recurrente.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el señor Procurador, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado N. M. debe ser acogido en esta instancia y, en consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se desarrolle un nuevo juicio.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 520/528 por la defensa técnica de N. A. M. .
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

4- ALANIZ PINERA. 24-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	M	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	412

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=37>

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP. Art. 412 del CPP. Art. 2 de la Convención Belém do Pará; arts. 4 y 5 de la ley 26485.

Vox: VG. Amenazas simples. Nulidad. Lectura de fundamentos. Valoración de la prueba. Violencia de género. Concepto de género.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional - 3° CJ** condenó al señalado a la pena de seis meses de prisión en suspenso por considerarlo autor del delito de amenazas simples.

La **defensa** interpone recurso contra la sentencia que refiere que es nula porque se valoró arbitrariamente la prueba. Además, señala que se agravia porque el hecho que abre el debate no es típico a los términos del 149 bis 1° párrafo del C.P.; que se forzó la tipicidad del hecho.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación y dispuso que se extraiga compulsas de las actuaciones pertinentes y se remitan a Inspección Judicial, a los fines de investigar la responsabilidad funcional de quien se encontraba a cargo de la secretaría del JPC N° 1- 3° CJ.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2741, pronunciada por el Primer Juzgado Correccional-3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero. 21-12-84: L.S. 186-427.
- Cirrincione. 07-03-78: LS.153-011.
- Marengo. 30-04-09: L.S. 400-240.
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- González Pringles.
- L.S. 331-40
- L.S.354-218
- L.S.392-94
- L.S.397-177
- L.S.407-155

Doctrina citada.

FACIO, Alda, Fries, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17

Parágrafos destacados

“...no se puede hacer lugar a la nulidad impetrada por la defensa, toda vez que «declarar la nulidad por la nulidad misma implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros motivos, por razones de economía procesal. Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes» (L.S. 331-40)...” (Voto Dr. Valerio)

“Para ello resulta necesario que el juzgador comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba. Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas

convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación” (Voto Dr. Adaro)

SCJM. Dres.: **Valerio. Llorente. Adaro**

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04248700-1/1((031201-21900)). FC/ ALANIZ PINERA DANIEL HECTOR P/ AMENAZAS SIMPLES (21900) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104319347*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-0428700-1/1 caratulada "Fc/Alaniz Pinera, Daniel Héctor p/ amenazas simples s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Pedro J. Llorente y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de Daniel Héctor Alaniz Pineira interpone recurso de casación (fs. 87/95) contra la Sentencia N° 2741 (fs. 70 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de seis meses de prisión en suspenso por considerarlo autor (art. 45 Cód. Penal) del delito de amenazas simples (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia establece que el 9 de marzo de 2017, a las 23 horas aproximadamente, Brenda Nicole Camargo se encontraba en la parada de colectivo ubicada en plaza San Martín, del departamento de San Martín, frente al gimnasio Hércules junto a unos amigos, oportunidad en la que se hizo presente el imputado quien le manifestó que sabía que había robado en su casa, porque tenía un video donde se veía a los ladrones y uno era igual a ella, «con el pelo rolinga», por lo que ella le dijo que no podía ser, que le mostrara el video o que fueran a la Comisaría 12 para arreglar el asunto, a lo que el imputado le dijo que era una ignorante, que ésa no era una comisaría sino una fiscalía, que era una «negra mal hablada» y que no tenía que ir a la fiscalía, porque ese tema lo arreglaría con ella en la calle, que no sabía con quién se había metido, que tenía que tener mucho cuidado, y que le dijera a su amigo que no fuera más al local "Mamá África" porque lo agarraría a trompadas.

2.- Recurso de casación

Se agravia el impugnante porque el debate se cerró el 1 de agosto de 2017 y los fundamentos no fueron leídos ni agregados en tiempo, lo que acarrea la nulidad de la sentencia.

Refiere además que es nula porque se valoró arbitrariamente la prueba, ya que el encartado se encontraba en su casa comiendo con sus amigos el día y hora en que sucedió el hecho, lo que fue ratificado por testigos.

Relata que el gimnasio cierra a las 22:30 horas, por lo que el imputado no puede haber salido a las 23:30, que es la hora que señala la denunciante.

Indica que Mirón dijo que todos los jueves comen asado en la casa del imputado, y el juez no le pidió que aclarara alguna duda, por lo que esa prueba debe interpretarse como que ese jueves sí se comió asado luego de las 22:30 o 23, que es la hora en de cierre del gimnasio.

Agrega que las testigos de cargo no coincidieron en la vestimenta del imputado ni en el color de la moto que vieron, por lo que ellas confundieron al autor del hecho.

Se queja porque el a-quo valoró mal el testimonio de Mirón al entender que todos es igual a algunos, y que las testigos fueron contestes en que estaban mirando la moto desde la plaza y comentaban sobre ella porque llamaba la atención y ninguna de ellas coincidió en la verdadera coloración, por lo que es lógico sostener que no vieron ninguna moto.

Se agravia también porque el hecho que abre el debate no es típico a los términos del 149 bis primer párrafo Cód. Penal; que se forzó la tipicidad del hecho. Que lo referente a que el imputado le indicó a la joven que le dijera a su amigo que no volviera a “Mamá África” porque lo agarraría a trompadas, que nunca formó parte de la descripción del fiscal ni de lo expresado por la denunciante, ni del hecho tenido por probado en la sentencia.

Resalta que a la amenaza le falta el anuncio de un mal grave, determinado y futuro, y que las manifestaciones allí contenidas se muestran como jactanciosas o producto de la ira, por lo que el hecho no contiene daño futuro ni grave, que no implica anunciar golpes, daños lesiones ni otra actividad respecto de la denunciante, es más, el imputado estuvo ofuscado por el hecho ilícito del que fue víctima pero sin embargo, no desplegó violencia frente a la denunciante.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictamina que se debe rechazar el recurso, porque considera, entre otras razones que expone, que la sentencia está debidamente motivada fundada y la nulidad del art. 412 C.P.P. es relativa.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En primer lugar, porque si bien el planteo de nulidad por incumplimiento del plazo previsto por el art. 412 C.P.P. que hace el recurrente, en su momento aparecía justificado, con posterioridad careció de sustento fáctico.

Ello por cuanto de lo actuado después de la presentación del recurso extraordinario articulado, surge que la lectura de los fundamentos de la sentencia **se produjo dentro de los cinco días** hábiles de cerrado el debate.

Efectivamente, el informe de secretaría de fs. 97 da cuenta que el 8 de agosto de 2017 se procedió a leer los fundamentos, y que por un error involuntario se consignó en el sello de protocolización que fue el 9 de agosto de 2017.

A esto se suma que personal técnico de la Dirección de Informática de este Poder Judicial ha verificado en el equipo informático del juzgador, que la última impresión del archivo correspondiente a la sentencia de esta causa, fue el día lunes 7 de agosto de 2017, así como su última modificación, según consta en el acta labrada a instancias del magistrado a fs. 98, obrando a fs. 99 impresión de la ficha de propiedades de dicho archivo.

En definitiva, la contundencia de estas constancias evidencia que se incurrió en un error material, lo que permite concluir en que esta sentencia se imprimió antes del vencimiento del plazo y se le dio lectura en la oportunidad procesal correcta.

Por este motivo, no se puede hacer lugar a la nulidad impetrada por la defensa, toda vez que «declarar la **nulidad por la nulidad misma** implica un formalismo excesivo que no tendría razón de ser, entre otros

motivos, por razones de economía procesal. Así la ley procesal, se aparta del culto de las formas y exige que de ellas provenga un concreto agravio a los derechos de las partes» (L.S. 331-40), sin perjuicio de que se debe investigar la responsabilidad funcional de quien estaba a cargo de la secretaría del tribunal, a cuyos efectos deberá extraerse compulsas de las piezas pertinentes y remitirse a Inspección Judicial.

Dirimida esta cuestión, es menester tratar el resto de los agravios vertidos.

En este sentido, corresponde determinar que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Así, el a quo se basó en las pruebas rendidas, en especial la testimonial, que ha valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica racional cuyo apartamiento la defensa invocó, sin lograr acreditarlo.

Por su parte, el recurso evidencia una discrepancia del impugnante con el criterio valorativo del juzgador en la ponderación de dichos testimonios, insusceptible de conmovir la decisión adoptada, de conformidad con lo dicho por este Cuerpo con antelación (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

En concreto, se queja porque el magistrado interpretó de una manera distinta a la que él estima correcta, el testimonio de quienes fueron ofrecidos por su parte, en particular el de Mirón.

Este deponente refirió que los jueves comían asado en la casa del imputado a la salida del gimnasio, pero no pudo «...decir con precisión el día tal a tal hora se reunieron a comer un asado» (fundamentos, fs. 72 vta), resaltando que los testigos de descargo se refirieron a las costumbres generales del acusado, pero «[...]ninguno afirmó que la noche de los hechos haya estado o no en el gimnasio, o en otro lugar[...]» (fundamentos, fs. 74 vta.), aspecto que pudo verificarse mediante la revisión practicada. En similar forma, tampoco fueron concluyentes esos testigos sobre la hora de cierre del gimnasio.

A esta falta de precisión se contraponen la concordancia entre los dichos de la denunciante y las otras dos jóvenes presentes en la parada del colectivo en lo esencial de los hechos, según percibió el magistrado.

De esta forma, dijo sobre ellas que «[...] la credibilidad de sus relatos radica en la mutua corroboración de sus aspectos centrales y el hecho de que no tenían ninguna relación precedente con el acusado, siendo remota la posibilidad que sus declaraciones provengan de un concierto de voluntades de las testigos con la específica finalidad de perjudicar la situación procesal” del encartado (fundamentos, fs. 76), lo que pudo advertir en virtud de la inmediación propia del debate, y el quejoso cuestiona sin más fundamento que su opinión personal.

Efectivamente, soslaya que los testigos expusieron que les llamó la atención la gran dimensión de la moto del imputado, por lo que la falta de concordancia en su color no es trascendente, toda vez que esta característica del rodado no fue relevante para ellas conforme surge de autos, así como tampoco lo es a los fines de la resolución de la causa, la falta de recuerdo exacto de la vestimenta que tenía el imputado, extremos que sumados a que las dos testigos presenciales lo señalaron «inequívocamente» en la audiencia celebrada ante él (fundamentos, fs. 76 vta.), integran un marco probatorio que permite desechar que se hayan equivocado de persona, tal como alegan el imputado y sus defensores.

Por lo demás, la plataforma fáctica elaborada se encuentra correctamente subsumida en el delito de amenazas simples, toda vez que surge de estos obrados que los dichos del encartado fueron idóneos para alarmar a la denunciante en el contexto en que fueron vertidos, a punto tal que en la audiencia de debate pidió que no estuviera presente el encausado.

Ello por cuanto fue «[...]abordada en la vía pública, en horas de la noche, frente a sus amigas, por una robusta persona de sexo masculino que le dice poseer un video del robo en su casa donde se la vería como partícipe y que por eso debía cuidarse en la calle; pero que además, el temor se funda en las advertencias que le anunciaron las personas que le brindaron la identidad de su agresor, esto es, que debía cuidarse, idénticas palabras al núcleo de la amenaza recibida por el acusado[...]» (fundamentos, fs. 77).

A esto se agregan las manifestaciones sobre el presunto amigo de la joven, en el sentido que no se acerque a Mamá África porque lo mataría si desoía su recomendación, según relató Jéscica Natalia Camargo, hermana de la denunciante (fundamentos, fs. 72 vta.), lo que reitera Georgina Guevara en los siguientes términos: «porque lo iba a agarrar» (fundamentos, fs. 73 vta).

En síntesis, los hechos en los que se basa la condena no sólo constan en la pieza acusatoria que abre el debate oral, sino que se encuentran enriquecidos con las pruebas aportadas durante dicha audiencia y reflejadas en el alegato del fiscal, transcripto en lo pertinente a fs. 73 vta./74, por lo que el agravio que esgrime el quejoso en torno a este tema, tampoco puede prosperar.

Resta decir que el mal futuro dependiente de la voluntad del encausado, grave, injusto, ha sido descrito en los fundamentos con total sujeción a lo actuado en la causa, quedando descartado que los términos con los que se dirigió a la víctima hayan sido jactanciosos o producto de su ira, como aduce el impugnante. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia censurada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Pedro J. Llorente adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios de la defensa de Daniel Héctor Alaniz Pinera. No obstante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género.

Preliminarmente, entiendo importante destacar que para juzgar los conflictos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia en sus distintas manifestaciones, hay que partir de aceptar que la realidad se encuentra polarizada en torno a patrones de dominación masculina que reproducen la discriminación en los distintos ámbitos en donde la mujer desarrolla sus relaciones interpersonales.

De este modo, estimo que los distintos operadores del derecho, tanto en la recaudación de elementos probatorios como al momento de valorarlos, deben orientar también su labor a detectar las circunstancias estructurales que perpetúan la violencia estructural contra las mujeres con el fin de imprimir en su análisis una perspectiva de género.

Para ello resulta necesario que el juzgador comprenda el concepto de género y su necesaria implicancia al momento de valorar la prueba. Este entendimiento resulta necesario para comprender las distintas convenciones y leyes que garantizan los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia en sus diversas formas, y que deben ser comprendidas por todos los operadores del derecho para su efectiva aplicación.

El **concepto de género** «[...] alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de

socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales» (Facio, Alda, Fries, Lorena, Género y Derecho, Ed. La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 17).

Este concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal, en tanto se concreta y modifica en cada sociedad de acuerdo a contextos espaciales y temporales, y se encuentra influenciado por otras condiciones como las distintas clases, etnia, edad, nacionalidad, etc. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupo humano varía atendiendo a los factores de la realidad que inciden en esta temática.

Dicho de otro modo, el género se trata de una construcción cultural que identifica el comportamiento social de mujeres y hombres, y la manera en que se relacionan y construyen socialmente.

De este modo, y tal como he referido en pronunciamientos anteriores, la desigualdad del hombre y la mujer construida a partir de patrones socioculturales, da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos. (**«Galdeano Reyes»**, **«González Pringles»**, entre otros).

En suma, juzgar con perspectiva de género, implica la idea de lograr la igualdad entre ambos géneros o, dicho de modo contrario, contrarrestar las desigualdades que aún existen y se reflejan como posiciones de dominio, principalmente por parte del hombre en su trato hacia la mujer por el solo hecho de ser tal en un contexto social y cultural.

Sentado cuanto precede, y no obstante compartir los fundamentos del a quo al fundar la responsabilidad de Alaniz Pinera en el hecho objeto del proceso, entiendo que los conceptos analizados debieron integrar el silogismo incriminante del juzgador a la hora de determinar la idoneidad de la amenaza proferida por el imputado a la víctima.

Ello considerando que el recurrente construye uno de sus argumentos en torno a este elemento del tipo penal. Al respecto, sostiene, entre otros aspectos, que los términos de la supuesta amenaza no contienen el anuncio de un mal grave, y deben interpretarse como «jactanciosas» o producto de la ira, pretendiendo con ello desvirtuar la entidad de las amenazas y su poder intimidante.

Cabe recordar que el bien jurídico protegido por el tipo penal bajo estudio protege la libertad psíquica del sujeto pasivo, es decir, la intangibilidad de las determinaciones de la persona. Entiendo que en el presente caso, donde la víctima es una mujer y que por el contexto en que se desarrollaron los hechos podemos sostener que se encontraba en una situación de vulnerabilidad y desventaja en relación al imputado, son de entera aplicación los conceptos sobre violencia establecidos en las distintas normativas internacionales y nacionales y, por consiguiente, adquiere plena vigencia el deber de los Estados partes de tomar todas las medidas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones (art. 2 de la Convención Belém do Pará; y arts. 4 y 5 de la ley 26.485, de protección integral a las mujeres).

En este entendimiento, estimo que el contenido e idoneidad intimidante de las amenazas no deben extraerse sólo de su literalidad, sino también del contexto situacional en el que se formulan y, muy especialmente, de las condiciones del sujeto pasivo. En el caso bajo estudio, el contexto denota una situación de mayor vulnerabilidad de la víctima en relación a Alaniz, no sólo por su condición de género –tal como referí ut supra– sino también por la minoridad de la víctima y la diferencia de edad con el imputado Alaniz, elementos que –desde la experiencia común– necesariamente debieron influir en el temor infundido a la víctima. Ello en tanto la gravedad del mal y su adecuación para intimidar tiene que relacionarse con la persona amenazada y con las circunstancias que la rodearon.

Dicho de otro modo, entiendo que las condiciones apuntadas y el espacio ambiental específico de comisión denotan una situación de sometimiento y de vulnerabilidad en la víctima que –según entiendo–

encuentran su génesis en las distintas formas de violencia que el hombre puede ejercer hacia la mujer en una sociedad estructuralmente desigual.

En definitiva, me interesa destacar que en hechos donde la mujer es víctima de violencia en sus distintas manifestaciones no puede prescindirse de un abordaje integral de la temática analizada a fin de lograr una solución justa en el caso concreto.

Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio a la particular violencia estructural contra la mujer en razón de su género que subyace en el desarrollo de hechos de esta índole.

ASI VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Sergio Ranchilio y Eduardo E. de Oro en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Pedro J. Llorente y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 87/95 por la defensa de Daniel Héctor Alaniz Pineira.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Sergio Ranchilio y Eduardo E. de Oro en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Disponer que se extraiga compulsas de las actuaciones pertinentes y se remitan a Inspección Judicial, a los fines de investigar la responsabilidad funcional de quien se encontraba a cargo de la secretaría del Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

5- GARAY VIDELA. 15-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcGaray.pdf

Lex: Art.149 bis 1° párrafo, 1° supuesto. art. 239, 55 del CP.

Vox: VG. Amenazas. Desobediencia. Violencia de género. Concurso ideal. Delito formal. Error de prohibición.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena unificada de **dos años y seis meses** de prisión de cumplimiento efectivo por resultar autor del delito de amenazas simples y desobediencia en contexto de violencia de género en concurso ideal.

La **defensa** interpone recurso de casación, refiere defectos en la motivación de la sentencia; la existencia de un error de prohibición indirecto, la falta de idoneidad de las amenazas y pretende la aplicación del principio in dubio pro reo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 60, pronunciada por el JPC N° 2-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero 21-12-84: L.S. 186-427
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=ODQxOTkyODE=&tabla=c2M=>
- Cirrincione 07-03-78: L.S.153-011
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=NzgxOTkxNTc=&tabla=c2M=>

Parágrafos destacados: “...Tanto el conocimiento y la intención en que consiste el dolo, son en definitiva, hechos, aunque de índole psíquica, cuya existencia debe demostrar el Juez o Tribunal penal a fin de establecer la culpabilidad del imputado. Sostener lo contrario, equivaldría a afirmar que el dolo es susceptible de determinarse sólo en función de la manifestación exterior del delito, o sea afirmar el principio de la presunción del dolo. Y esto es imposible porque atentaría contra el principio de la presunción de inocencia de validez constitucional”

- Murcia Lucero
- Barbosa Orlando Norberto
- L.S.354-218
- L.S.392-94
- L.S. 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. (Licencia). Adaro.

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04631471-3/1((018502-501300)) FC/ GARAY VIDELA OSCAR JESUS P/ AMENAZAS SIMPLES Y DESOBEDIENCIA EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO EN CONCURSO IDEAL (501300) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104714904*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04631471-3/1 caratulada "FC/ GARAY VIDELA OSCAR JESÚS P/ AMENAZAS SIMPLES Y DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Oscar Jesús Garay Videla interpone recurso de casación (fs. 174/177) contra la Sentencia N° 60 (fs. 142/147 vta.) que condenó al nombrado a la pena unificada de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por resultar autor del delito de amenazas simples y desobediencia en contexto de violencia de género en concurso ideal (artículos 149 bis, primer párrafo, primer supuesto y 239 en función del art. 55 del CP); fallo recaído en autos N° P-501.300/18 pronunciado por el Juez titular de la Sala Unipersonal del Juzgado Penal de General Alvear de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juzgador ha tenido por acreditado el hecho acaecido el 19 de junio de 2018, a las 02:00 horas aproximadamente, momento en que Oscar Jesús Garay Videla ingresó a la vivienda de calle 7 B El Matadero, donde se encontraba Silvina Vanesa Arenas Vallejos, pese a la prohibición de acercamiento oportunamente dictada por el Juzgado de Familia de la Segunda Circunscripción Judicial, y previo romper el pasador de la puerta de entrada y comenzó a insultarla y amenazarla que la iba a matar, que le iba a hacer la vida imposible, situación que produjo temor a la víctima.

Para así decidir, el a quo valoró entre los elementos más relevantes las declaraciones testimoniales de Silvia Vanesa Arenas Vallejos, de Juan Carlos Avila Roja, de Agustina Milagros Arena, el acta de procedimiento de fs. 1 y el informe de la empresa telefónica Claro de fs. 135/13.

2.- Recurso de casación

El recurso se sustenta en el art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios sustantivos y formales que la invalidan como tal. Entiende erróneamente aplicado el art. 149 bis del CP por lo que solicita que la resolución sea casada conforme al art. 485 del CPP. En ese sentido expresa que el suceso acaeció en un escenario de ofuscación y en el marco de un altercado verbal y por ello sostiene que los dichos del acusado no estaban dotados de aptitud suficiente para alarmar y amedrentar. De igual manera se agravia por la errónea aplicación del art. 239 del CP, en tanto el delito exige un dolo directo y específico del autor y según las amplias explicaciones que el imputado brindó, entiende que en el caso bajo análisis existió un supuesto de error de prohibición indirecto puesto que «Garay sabía de la prohibición de acercamiento pero ponderó el bienestar físico de sus hijas y transgredió la norma creyendo

que su actuar podría estar justificado, no violó la prohibición de acercamiento para hostigar a Arenas». Insta la aplicación del art. 2 del CPP en tanto sostiene que el juzgador omitió valorar prueba dirimente, y fundó su decisión con apreciaciones contradictorias, contrarias a las reglas que hacen a la sana crítica racional en la ponderación de los elementos de convicción afectándose así garantías atinentes a la presunción de inocencia y al in dubio pro reo. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 195/196 el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado, por entender que no concurren las causales que expresa el impugnante.

En ese orden manifiesta que todos los testigos coinciden en que el imputado amenazó de muerte a la víctima. De igual manera encuentra que quedó acreditado el contexto de violencia de género por la declaración de la testigo Farina que vio a la víctima con la cara marcada dado que el imputado le había pegado con anterioridad.

Respecto del delito de desobediencia, descarta el error de prohibición indirecto toda vez que el llamado telefónico recibido por su hija en el sentido que escuchaba ruidos raros en la vivienda, fue descartado por el tribunal estableciendo que aquél llamado nunca existió. Ello por cuanto, y según el informe de la empresa Claro en la línea que posee el imputado no se registraron comunicaciones telefónicas entre las 00:00 a las 02:00 horas del día del hecho.

De tal modo entiende que, descartada la llamada telefónica, cobran relevancia los dichos de la denunciante, y por ello no puede tenerse por cierta la creencia del imputado en la inminencia de peligro para sus hijas y por ende no puede haber un error de prohibición o un estado de necesidad exculpante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar.

En cuanto al recurso bajo tratamiento, entiendo que resulta formalmente admisible en vista que la sentencia objeto del recurso, se enmarca dentro de las resoluciones que el código de rito establece como susceptibles de ser impugnadas por esta vía, y el recurrente se encuentra legitimado para recurrir (ver texto arts. 475 y 478 inc. 1° del CPP).

Asimismo, ha invocado y sustentado su agravio en los motivos casatorios previstos en ambos incisos del art. 474 del código mencionado, esto es, en la presencia de vicios in iudicando e in procedendo.

A fin de adentrarme en el tratamiento de la impugnación articulada entiendo que ésta, sintéticamente, plantea las siguientes cuestiones: a) defectos en la motivación de la sentencia; b) la existencia de un error de prohibición indirecto y la falta de idoneidad de las amenazas y, c) la pretensión de aplicación del in dubio pro reo. Es en función de este esquema que abordaré cada uno de los agravios.

En cuanto a los pretendidos vicios de fundamentación encuentro que la motivación es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

Esto en tanto el juez sentenciante valoró en su totalidad el plexo probatorio para tener por acreditada la existencia de los hechos aquí investigados. En particular la declaración testimonial de Silvia Vanesa Arena Vallejos, de cuyo testimonio surgieron datos relevantes, tales como el temor que sintió cuando el

imputado ingresó a los golpes a la vivienda y que para ello rompió el pasador de la puerta mientras le manifestaba que la iba a matar. Este relato se vio corroborado por la pareja de Arena Vallejos, Juan Carlos Avila Roja, que confirmó las circunstancias en las que ingresó Garay Videla a la vivienda la noche del 19 de junio de 2018.

Es por ello que entiendo que el recurrente, a través de la promoción de vicios formales que a su criterio se plasman en la sentencia, pretende una diversa interpretación de las testimoniales en las que basa su convencimiento el juez e intenta que la distinta inteligencia asignada a los dichos de las víctimas resulta fundamento del vicio esgrimido. Esta pretensión no puede prosperar en tanto, y como se adelantó, no se advierten vicios en la ponderación de la prueba por parte del a quo.

En efecto advierto que tal como surge del examen de la queja, el impugnante ha reeditado los argumentos vertidos en ocasión de formular los alegatos (fs. 144), omitiendo controvertir las explicaciones brindadas en la sentencia y sin lograr superar los fundamentos allí expuestos.

Por ello debe descartarse el agravio vinculado a la falta de idoneidad de las amenazas, pues ya he tenido oportunidad de sostener que la idoneidad del anuncio amedrentador no debe confundirse con la efectiva capacidad del autor para hacer el daño que anuncia, toda vez que se trata de un **delito formal**, es decir que se perfecciona con la mera utilización de la amenaza, **independientemente del resultado obtenido** (ver «**Barbosa, Orlando Norberto**»). Asimismo, he señalado que «la idoneidad de la amenaza **depende de la entidad de la acción del autor para limitar la libertad de organización de la víctima**» («**Murcia Lucero**»).

Es así que conforme a las probanzas rendidas y la labor de ponderación del juzgador entiendo que ha quedado probado el temor que sintió la víctima cuando Garay Videla ingresó a la vivienda rompiendo el pasador de la puerta de entrada, insultándola, diciéndole que la iba a matar.

La defensa alega la falta de idoneidad de las amenazas, pero construye su agravio, soslayando el contexto en el que Garay Videla ingresó, esto es en horas de la noche, ejerciendo fuerza tanto que se produjo la rotura de un elemento de seguridad de la puerta, la situación advertida por todos los habitantes de la vivienda, todo ello en el marco de violencia de género que incluso justificó oportunamente el dictado de una prohibición de acercamiento que pesaba hacia el encartado. Esta propuesta parcial sin sustento en las constancias de la causa, me conduce al rechazado el agravio expuesto en tales términos.

En cuanto a la hipótesis sostenida por la defensa respecto de la llamada telefónica de una de sus hijas en las que pretende basar una **causal que justifique** la conducta del prevenido, encuentro que dicha estrategia ha sido descartada por el juzgador, desde que el informe de la Empresa Claro, dio cuenta de la inexistencia de llamadas entrantes en la línea del imputado correspondientes al día 19/06/2018, entre la medianoche y las 02:00 horas del día de los hecho.

Es que tal como lo afirma el sentenciante no existen situaciones eximentes de culpabilidad en tanto quedó probado que la estrategia del imputado no encuentra sustento en las probanzas de autos, sino más bien en razón del informe de fs.135/136, quedó claramente descartado.

Es por ello que comparto el dictamen del Procurador cuando sostiene que si la llamada telefónica no existió toman sentido los dichos de la denunciante, en cuanto el motivo de la presencia y la irrupción del imputado, las amenazas y la violación de la prohibición de acercamiento, además que no puede tenerse por cierta la creencia declarada por el imputado en la inminencia del peligro para sus hijas y por ende no puede haber un error de prohibición o un estado de necesidad exculpante.

Finalmente en orden a la pretensión de aplicación del principio in dubio pro reo no puede tener acogida favorable. Ello en tanto, de lo expuesto en los párrafos que anteceden, el Tribunal de Juicio en base a los

elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de los acusados en los mismos.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 174/177 por la defensa oficial de Oscar Jesús Garay Videla.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de mayo de 2019.

6- VAZQUEZ NIEVAS. 15-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	-	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	414
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcVNC.pdf

Lex: Art.149 bis 1° párrafo 1° supuesto, 55, 142 inc. 1 y 2 del CP. Art. 414 y 474 del CPP. Ley 24632. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad. Consumación instantánea. Desistimiento. Absolución. Beneficio de la duda. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Testimonio de la víctima. Valoración de la prueba. Testigo único. Perspectiva de género. Nulidad del debate.

Summa:

La **Tercera Cámara del Crimen** (Hoy TPC N° 1) **absolvió** al señalado por el beneficio de la duda del delito de amenazas simples en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada (arts. 149 bis, 1° párrafo, 55, 142 incs. 1 y 2 CP).

El **MP** interpone recurso de casación y cuestiona la valoración probatoria (vicios in procedendo). Además objeta la tesis de que los elementos subjetivos exigidos por las figuras penales endilgadas no concurrirían en el caso bajo estudio (vicios in iudicando).

El **Procurador General** mantiene el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resuelve hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MP, anular el debate, y ordenar remitir la presente causa al tribunal de origen, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 6907, pronunciada por la Tercer Cámara del Crimen -1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Teves Lucero
- Italiani
- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Merlo Lassa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ruíz Gutiérrez 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

Doctrina citada

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66 y 78.

Parágrafos destacados

“La incorporación de la perspectiva de género a la actividad de valoración de la prueba por los órganos judiciales, se desprende de los deberes asumidos por el Estado mediante las leyes 24.632 –por la que se aprueba la «Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer»– y 26.485 –«Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales»”

“... el «contexto de violencia» comprendido como un fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra

determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad física y psíquica”

“De allí, que cobra especial relevancia, como sucede con la violencia sexual, el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional”

“En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia).

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04065526-8/1((010503-64846)) FC/V. N. C. G. P/AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA (64846) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104124208*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04065526-8/1, caratulada “F. C/ V. N. C. P/ AMENAZAS SIMPLES EN CONCURSO REAL CON PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO; tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

El Fiscal de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen interpone recurso de casación (fs. 169/181) contra la Sentencia N° 6.907 (f. 164) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió por el beneficio de la duda a C. G. V. N. del delito de amenazas simples en concurso real con privación ilegítima de la libertad agravada (arts. 149 bis, primer párrafo, 55, 142 incs. 1 y 2 Cód. Penal).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La Sala Primera de la entonces Tercera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial entendió que no se probaron los hechos objeto de la acusación con la certeza que requiere el dictado de una sentencia condenatoria.

En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica que se considera insuficientemente probada, de la cual surgiría que «el día 03 de junio de 2015, siendo aproximadamente las 21.00 horas, C. N. P. Q. se encontraba en su domicilio de calle ..., Las Heras, Mendoza, cuando su pareja C. G. V. N. comenzó a tratarla mal y le dijo ‘nos vamos a vivir a otro lado, te voy a atar, te voy a matar’. Siendo las 07.00 horas del día siguiente, V. N. se despertó, salió de la casa y al volver ató a C. N. P. de sus manos al respaldo de la cama con los cordones de sus zapatillas. Luego le sacó la ropa, dejándola desnuda, le dobló la pierna y se la ató al respaldo de la cama con un cinturón mientras le decía ‘te voy a violar, yo soy más malo que vos, yo te puedo hacer muchas cosas porque sé muchas más cosas de la calle que vos’, ‘si te volvés a portar mal, te voy a violar por atrás pero va a ser con un palo’. En esas circunstancias, comenzó a besarla e intentó penetrarla pero no lo logró ya que la víctima comenzó a llorar y a pedirle que la dejara, que quería ir al baño; entonces V. N. la desató y le dijo: ‘andá rápido y volvé porque si no te voy a traer de las mechas’. Inmediatamente C. N. P. salió de su casa, ya que el baño se ubica afuera de la vivienda y se fue directamente hacia la casa de sus padres que viven al lado a quienes contó lo sucedido» (fs. 165 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró el testimonio de C. N. P., los exámenes médico y psíquico practicados a la denunciante (fs. 24 y 32) y el examen psíquico practicado al imputado (f. 90).

II.- Recurso de casación

El señor Fiscal de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen entiende que la sentencia arriba individualizada, conforme los incisos 1 y 2 del art. 474 CPP, adolece de vicios in procedendo e in iudicando.

I. Vicios in procedendo

El recurrente alega que se ha valorado erróneamente el testimonio de la víctima, actividad que falsearía la premisa mayor del a quo. Si el testimonio brindado en el debate por C. N. P. es creíble, entonces no sería correcto poner en duda la plataforma fáctica plasmada en la requisitoria de citación a juicio, tanto en relación con el delito de privación ilegítima de la libertad agravada, como respecto al delito de amenazas simples.

Para sostener esta tesitura hace especial referencia al valor del testigo único y las particularidades de los contextos de violencia doméstica. Argumenta que el magistrado interviniente no efectuó un análisis de la prueba con perspectiva de género. Finalmente, agrega que no se han valorado los testimonios incorporados por lectura de los progenitores de la víctima, los cuales dan cuenta de la dinámica de los hechos tal cual ha sido plasmada en la acusación.

II. Vicios in iudicando

Este agravio se divide en dos tramos. Por un lado, en relación con el delito de privación ilegítima de la libertad agravada, advierte que, aunque hayan sido **escasos minutos** los que permaneció inmovilizada la víctima, esto no obsta a la consumación del delito. Cita doctrina. Por otro lado, en relación con el delito de amenazas simples, advierte la **seriedad del mal** anunciado, el cual tendría la entidad necesaria para conmover la subjetividad de su destinatario, en contra de lo afirmado por el a quo. Asimismo, objeta la tesis de que los elementos subjetivos exigidos por las figuras penales endilgadas no concurrirían en el caso bajo estudio.

Formula reserva de caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto (f. 186). I

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe hacerse lugar al recurso casatorio impetrado. Doy razones.

I. Vicios in procedendo

En primer término, cabe decir que la motivación cuestionada es insuficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido. El a quo, tal cual pone de relieve el recurrente, no ha ponderado el testimonio de la víctima de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional (a) y ha omitido valorar los testimonios de sus progenitores, los cuales confirman su versión (b). Por último, la resolución puesta en crisis no realiza una adecuada contextualización del plexo probatorio a la luz de la perspectiva de género (c). Veamos.

a. El testimonio de la víctima

Al momento de reconstruir la verdad histórica de los hechos, el a quo tomó como prueba principal al testimonio de la denunciante y víctima, en el cual advirtió contradicciones que lo condujeron a restarle credibilidad. Según explica, las discordancias en el relato de la víctima excederían a un simple olvido, pues C. N. P. se equivocó al relatar aspectos centrales del hecho imputado.

Así, el tribunal de juicio consideró que «existen diferencias en el relato de los hechos que exceden a un simple olvido o a una falta de comprensión. No puede haber error en ser desnudada o que simplemente le saquen una pierna del pantalón. Tampoco puede equivocarse en tener las dos manos atadas al respaldo y que luego le aten una de las piernas al respaldo, con el hecho de ser desatada de una de las manos para ser atada a una de las piernas» (f. 166). Frente a lo que el juez sentenciante puso de relieve que «siendo

un evento único el sufrido, las posturas que se describen son diametralmente disímiles, por lo que resulta una confusión difícil de darse» (f. 166 vta.).

Ahora bien, una declaración testimonial ha de analizarse considerando lo declarado en tanto discurso interno y el declarante en tanto sujeto inserto en el contexto externo en el que se expresa. Esta matriz conceptual tiene un especial rendimiento para resolver el contraste entre el testimonio brindado por C. N. P. en sede policial y el brindado durante el debate. Al aplicar los criterios de credibilidad a esta declaración, surge que, a diferencia de otros casos, el contexto externo de la declarante se presenta por sí mismo como lo suficientemente idóneo para diluir las contradicciones internas de la narración.

Sobre el análisis de la prueba a la luz de una perspectiva de género me pronunciaré en el punto c. Sin embargo, ahora me interesa dejar en claro que debe valorarse que el impacto entre lo dicho por la víctima en el momento de prestar declaración testimonial en tempranas etapas del proceso y su declaración en el debate no ha hecho mella sobre los aspectos nucleares de su relato, tales como el modo de ejecución del hecho y las circunstancias en que se llevó a cabo.

En relación con el modo de ejecución del hecho, mientras que en sede policial la denunciante declaró que V. N. le sacó la ropa, dejándola desnuda, le dobló la pierna y se la ató al respaldo de la cama con un cinturón (fs. 165), en la instancia de debate declaró que le ató las manos y le abrió las piernas diciéndole que la iba a violar; describió que ella estaba vestida, que le sacó una de las piernas del pantalón, le desató una de las manos y se la ató con la pierna (fs. 166). Según entiendo, estos matices en el testimonio de la víctima no pueden ser elevados a la categoría de contradicciones centrales que hagan decaer su credibilidad.

En efecto, que la atadura haya sido de uno u otro modo, no repercute en la consumación de la privación ilegítima de la libertad. Estos matices en el relato del hecho bien podrían explicarse con base en lo traumático de la experiencia de quien es víctima de un hecho de esta índole. Más aún cuando el autor al mismo tiempo amenaza a la víctima con atentar contra su integridad física y sexual.

Idénticas consideraciones merecen las contradicciones advertidas por el a quo en lo que respecta a las circunstancias de tiempo en las que la víctima contextualiza la agresión. P. manifestó en el debate que estuvo atada aproximadamente una hora. Ante la contradicción con lo denunciado (a fs. 2 de la denuncia manifestó que había estado atada dos o tres minutos), dijo que no se acordaba, pero al ser leída la denuncia expresó que «fueron unos minutitos, 4 o 5» (fs. 166). Nuevamente, aún en el caso de que hubiesen sido solo cinco minutos, esta circunstancia no repercute en la apreciación de la privación ilegítima de la libertad.

En consecuencia, entiendo que la premisa mayor del juez sentenciante, en orden a la prueba de los hechos objeto de la acusación, no se encuentra suficientemente motivada, al no valorar correctamente la versión de los hechos brindada por la víctima. Ello se advierte, a su vez, cuando su versión de los hechos se pone en relación con el resto del plexo probatorio.

Por un lado, el juez de sentencia omitió valorar las conclusiones del examen psíquico obrante a fs. 90, donde la profesional interviniente, Dra. L. H. explicó que el imputado tenía un control de sus impulsos deficitario, con reacciones irritables y desbordadas ante situaciones que le provocan tensión. Pero, más allá del sentido de este examen, me interesa destacar la omisión de valoración de los testimonios de los progenitores de la víctima. Veamos.

b. Los testimonios de los padres de la víctima

Entiendo que le asiste razón al recurrente, no solo en lo que respecta a la errónea valoración del testimonio de la víctima, sino también en relación con la **omisión de valorar los testimonios** incorporados

por lectura de los progenitores de la denunciante. Las declaraciones de estos últimos, son pruebas fundamentales que sostienen el testimonio de la víctima en cuanto a las circunstancias en el que se produjo el hecho. Sus declaraciones resultan idóneas y conducentes para la solución del caso, siendo decisivas en orden a la reconstrucción del caso.

En efecto, las declaraciones realizadas en sede de instrucción por R. D. P. (fs. 21 y vta.) y C. C. Q. (fs. 104/105) fueron ofrecidas como prueba por el Ministerio Público Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 367 C.P.P., a fs. 138 –ofrecimiento al que adhirió la defensa a fs. 140–. Luego se incorporaron estos testimonios por lectura, previa conformidad de las partes y según surge del acta de debate a fs. 162 vta.

El padre de la víctima declaró que el día de los hechos su hija llegó llorando a su casa y le contó lo que había pasado con V. N.. Relató que éste le había atado las manos y ella le había dicho que la soltara para poder ir al baño, momento en el que pudo escapar (fs. 21). Este testimonio es fundamental, pues confirma la versión dada por la víctima, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que la agresión se llevó a cabo. Por otra parte, da cuenta de la relación violenta que padecía C. P.. En este sentido, R. P. manifestó que días antes de concurrir a declarar el imputado visitó a su hija, intentando sujetarla del brazo para que lo acompañara por la fuerza y la hizo llorar (fs. 21 vta.).

En la misma línea, y con más detalles, declaró C. Q. quien también corroboró el relato de su hija, la cual le manifestó que el imputado le había atado las manos a la cama con los cordones y le dijo que la iba a violar y matar. Cuando su madre le preguntó cómo había hecho para soltarse, ella contestó que V. N. se había arrepentido al afirmarle que lo perdonaba y que necesitaba ir al baño – momento en el que escapó–.

Agrega C. Q. que cuando ella y su marido se dirigieron inmediatamente a la casa de la pareja, el imputado se encontraba poniéndole los cordones a las zapatillas. Asimismo, expresó que le pidió a su marido que llevaran a su hija al hospital porque tenía muy marcada las manos. Como es posible advertir, este testimonio, junto con el del padre, confirman los extremos centrales del relato de la víctima. Sin embargo, han sido omitidos injustificadamente en la reconstrucción de los hechos por el a quo.

En suma, considero que le asiste razón al recurrente cuando advierte que no se han valorado los elementos de prueba obrantes en la causa de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, particularmente, en lo que respecta a la credibilidad del testimonio de la denunciante, cuyos matices en sede de instrucción y en sede de debate, se explican adecuadamente con base en el contexto específico en el que se produjo el hecho. Igualmente, el a quo ha omitido injustificadamente ponderar los testimonios de los progenitores, prueba también decisiva en lo que se refiere a la existencia de la agresión y su dinámica.

c. Valoración de la prueba a la luz de la perspectiva de género

Sumado a lo anterior, me interesa poner de relieve que la actividad de valoración de la prueba en contextos de violencia doméstica no puede permanecer ajena a la perspectiva de género. Ella permite explicar ciertas particularidades de la dinámica de los hechos, así como el papel central de la declaración de la víctima mujer y los eventuales matices que esta puede presentar durante las diversas etapas del proceso. Sobre esto, ya he tenido oportunidad de pronunciarme en «**Teves Lucero**», «**Italiani**» y «**Merlo Lassa**», entre otros.

La incorporación de la perspectiva de género a la actividad de valoración de la prueba por los órganos judiciales, se desprende de los deberes asumidos por el Estado mediante las leyes 24.632 –por la que se aprueba la «Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer»–

y 26.485 –«Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales»–.

Al respecto, cabe sostener que frente a hechos que denuncian casos de «violencia doméstica y de género», en el que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación con una víctima mujer que convive con él, a la que intimida y trata con violencia, el estudio de la prueba adquiere características especiales. En estos casos no puede prescindirse de un abordaje contemplativo de las particulares circunstancias en las que se desarrollan los actos de violencia en una relación de pareja convivente.

Precisamente, el «contexto de violencia» comprendido como un **fenómeno de múltiples ofensas de gravedad progresiva**, debe ser ponderado en su capacidad de suministrar indicios. Ello así, porque si bien los ilícitos penales están configurados como sucesos que aíslan ciertos comportamientos ofensivos contra determinado bien jurídico en general, esta segmentación no puede hacer perder valor probatorio al fenómeno pluriofensivo de la violencia en el particular contexto, en el que se entremezclan diferentes modalidades que incluyen, como en el caso de autos, atentados contra la libertad física y psíquica.

De allí, que cobra especial relevancia, como sucede con la violencia sexual, el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para el principio in dubio pro reo de base constitucional.

Ahora, en lo que respecta al caso concreto, si bien es cierto que la denunciante expuso un relato de los hechos en el que se advierten matices entre el contenido de su denuncia (fs. 1/2) y su declaración en sede de debate (fs. 165/166 de los fundamentos), a mi modo de ver, **estas discordancias no tienen el efecto desincriminante** que le otorga el a quo, sino, por el contrario, permiten verificar la hipótesis acusatoria en tanto lucen ajustadas a los casos típicos de hechos de violencia que se presentan en el marco de relaciones amorosas disfuncionales, donde la relación transita diversas etapas que inciden de manera directa en la visión y percepción de los hechos de quienes resultan perjudicados. Estos aspectos resultaron ampliamente corroborados en la sentencia, ya que pudo comprobarse que el vínculo entre V. N. y P. –tal como surge de los testimonios de los progenitores– estuvo marcado por repetidos sucesos de violencia, lo cual requiere una específica contextualización del hecho imputado a partir de la perspectiva de género. Desde esta óptica de análisis, es posible apreciar que la sentencia puesta en crisis no ha valorado de forma articulada I) la coincidencia relativa a los aspectos centrales del hecho entre las dos declaraciones brindadas por la víctima en sede de instrucción y en sede de debate; II) la articulación de su versión con las declaraciones testimoniales de sus progenitores, las cuales corroboran las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ejecución del delito; III) el examen psíquico practicado al imputado que arrojó que el imputado tenía un control de sus impulsos deficitario, con reacciones irritables y desbordadas; VI) la ausencia de una explicación alternativa a los hechos –basada en elementos objetivos externos– que desvirtúe la acusación.

Por ello, desacierta el juzgador al descreer de la versión brindada por la víctima, ya que no sólo resulta verosímil, sino que se articula con el sentido del resto del plexo probatorio, tal como se ha explicado. Con lo cual, el cuadro indiciario construido por la acusación tendiente a acreditar la autoría del imputado en relación con los delitos imputados se encuentra firmemente construido. Por lo que no se encuentran razones adecuadas que permitan sostener fundadamente la absolución del acusado por aplicación del beneficio de la duda.

II.- Vicios in iudicando

En el plano jurídico, el magistrado interviniente explica que, aún en la hipótesis de que la plataforma fáctica hubiese sido debidamente probada, no concurrirían en el hecho objeto del proceso los elementos objetivos y subjetivos exigidos por las figuras penales endilgadas. Con todo, y subsidiariamente, sugiere que no podría descartarse en la privación ilegítima de la libertad un desistimiento voluntario. El recurrente critica este entendimiento.

a. La privación ilegítima de la libertad agravada

En relación con la configuración típica de este delito, el a quo observa, por un lado, que «atar las manos con cordones de zapatillas y desatarlas al primer pedido de la víctima indica la ausencia de una intención inmovilizadora» (fs. 166 vta.). Así, el comportamiento del autor sería errático en orden a la privación ilegítima de la libertad que se le intenta atribuir. Por otro lado, expresa que «en igual sentido, permitirle ir al baño sola, sin acompañarla, cuando se sabe que los vecinos son los padres de la víctima, y bajo promesa de volver; es negarle entidad a la amenaza de muerte o a la privación ilegítima de la libertad y nos acerca más a un desistimiento voluntario» (fs. 166 vta.).

En primer término, no debe perderse de vista que **la privación ilegítima de la libertad se consuma instantáneamente** en el momento en el que se priva o limita la capacidad de acción o locomoción de la víctima sin derecho. De ningún modo es indispensable una privación absoluta y permanente de la libertad ambulatoria, bastando que esta se vea restringida o condicionada por la voluntad del autor, aunque ello sea durante un breve lapso de tiempo. Asimismo, por las circunstancias en las que ocurrió el hecho, no se advierte que haya mediado un consentimiento sin coerción o error que pudiese excluir el tipo delictivo.

En segundo lugar, para la configuración del dolo basta con que el autor dirija su comportamiento a privar a la víctima de su libertad, advirtiéndole, a su vez, que se encuentra obligada a ella por una especial relación de respeto derivada de su relación convivencial. La liberación posterior de la víctima por parte de V. N. no hace decaer el dolo de un delito que ya se encuentra consumado por haber producido un ataque a la libertad de la víctima con la suficiente significación, del mismo modo que no implica un desistimiento activo, tal como sugiere el a quo en su sentencia. Pues, no ha de identificarse el cese de un delito de efectos permanentes con un **desistimiento** válido.

En suma, entiendo que le asiste razón al recurrente cuando objeta la aplicación del derecho realizada por el a quo en relación con esta figura penal.

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo corresponde contestar positivamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, hacer lugar al recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Voto Dr. Adaro. Por su voto.

Comparto los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde hacer lugar al recurso impetrado por el Ministerio Público Fiscal. No obstante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

Tal como referí en el precedente «**Ruíz Gutiérrez**», desde una perspectiva procesal si bien el **principio in dubio pro reo** no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su

específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar -en un segundo momento conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento, y tal como lo analizó el ministro preopinante, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio, con prescindencia de una mirada integral de la problemática y de las particularidades propias de hechos de violencia contra la mujer en razón de su género, incumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género.

Cabe destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar y esclarecer lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos.

En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cf. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78).

Debo mencionar que, tal como exprese en el precedente **«Galdeano Reyes»**, la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de

vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios – particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y **estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad, tal como aconteció en el presente caso.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios que se ajusten a los particulares contextos en que se desarrollan los hechos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como víctimas y titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular el debate, la sentencia de fs. 164 y sus fundamentos de fs. 165/167 y remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 169/181 por el Fiscal de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen.
- 2.- Anular el debate, la sentencia de fs. 164 y sus fundamentos de fs. 165/167, y remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro. Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 15 de mayo de 2019.-

7- SANCHEZ MUÑOZ. 23-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														416
VG	Par	-	AI	PCE	-	-	-	-	-	-	-3°	-	-	-4°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcGaray.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto, 50 del CP. Art. 4 y 5 Ley 26485. Art. 416 inc. 4° del CPP.

Vox: Amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género. Reincidencia. Valoración de la prueba. Reglas de la sana crítica racional. Retracción de la víctima durante la instrucción y en el debate.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena **de un año y cuatro meses de prisión** por considerarlo responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género. También lo declaró reincidente.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria indicando que la misma no se llevó de conformidad con las reglas de la sana crítica racional. Indica que no se tuvo en cuenta la retractación de la víctima.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, otorgándose preeminencia a los dichos de la víctima en la denuncia.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Hizo hincapié en la relación desigual entre víctima y victimario.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 739, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- M.L.J.L. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez: 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Galdeano Reyes: 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b-CSJN

- 393-243
- 382-107
- 381-233
- 400-240
- 333-64 (333-1464): 24-08-10:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6882351&cache=1686532722662>
- 186-427
- 153-011
- 354-218
- 392-94
- 397-177
- 419-17

- 397-237
- 388-024
- 388-062

c-CIDH

- Fernández Ortega y otros Vs. México. 30-08-10:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_215_esp.pdf
- Rosendo Cantú y otra Vs. México. 15-05-11:
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf
- Informe CIDH, Derecho a la Verdad en las Américas. 13-08-14:
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Parágrafo destacado

“En definitiva, la motivación es suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en autos no ocurre.

Resta decir que esta Sala se ha pronunciado en sentido contrario al requerido por la defensa, respecto de la aplicación del principio contenido en el art. 2 C.P.P., determinando que ello no es posible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, aspectos que confluyen en autos (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).” (Dr. Valerio)

“...el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria». (Dr. Adaro)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(M.L.)

Fallo:

CUIJ: 13-04423925-0/1((018502-22893)) FC/S. M., L. S. P/LESIONES LEVES DOLOSAS (22893) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104504372*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de mayo de dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa ° 13-04423925-0/1 caratulada "F. C/ S. M., L. S. P/ LESIONES LEVES DOLOSAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de L. S. S. M. interpone recurso de casación (fs. 237/243 vta.) contra la Sentencia N° 739 en tanto condena al nombrado a la pena de un año y cuatro meses de prisión como autor responsable del delito de amenazas agravadas por el uso de arma en contexto de violencia de género (arts. 149 bis primer párrafo segundo supuesto del Cód. Penal y arts. 4 y 5 Ley 24.685) y lo declara reincidente, pronunciamiento dictado por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 17 de marzo de 2018 a las 04:00 hs. aproximadamente, en el domicilio de de Ciudad, el imputado comenzó a discutir y agredir físicamente a su pareja R. L. sin lesionarla, al tiempo que blandía con su mano un cuchillo con hojas de serrucho y mango de madera hacia ella, intentado cortarla, apuñalarla, infundiéndole temor.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa oficial porque no se observó el art. 416 inc. 4 CPP, ya que no se valoraron pruebas decisivas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, entre ellas, las diferencias que existen entre la denuncia con el testimonio de personal policial del acta de fs. 11/13, su ratificación y el prestado en audiencia oral, sobre todo en lo referente al lugar donde vivía la pareja, donde se produjo el hecho y su desarrollo; que el hecho que se tuvo por probado es distinto al que refirió la policía.

Señala que hay 5 cuadras desde el lugar que indicó la policía hasta donde comenzó la discusión, de acuerdo a la denunciante, ignorándose en qué lugar el imputado la golpeó; que tampoco está claro qué hizo cuando la alcanzó, si la golpeó y la intentó apuñalar cortándole la calza como le dijo a los policías o si sólo se cayeron al suelo como expuso en la oficina fiscal, destacando que no se explica cómo se le otorga veracidad a un testimonio con tantas contradicciones, sin antes despejarlas.

Apunta que la víctima a fs. 91 dijo que mintió al denunciar, lo que reiteró en el debate; que el acta de visu no tiene valor probatorio al no tener control de la defensa y que no es conducente para acreditar el delito ni para darle credibilidad a la denuncia, toda vez que se ignora si la angustia y llanto se debían al comportamiento de su defendido o a que estaba alcoholizada.

Resalta que el filo del cuchillo debería haber lastimado su piel y que es posible que ella misma se hiciera el corte.

Aduce que los fundamentos de la a quo con relación a la **retractación** son insuficientes porque se limita a adherir a las conclusiones de la Lic. Z., quien dijo que cuando la entrevistó, advirtió la existencia de una relación asimétrica entre ellos. Cuestiona su labor ya que dijo que no redactó el informe.

Agrega que la valoración de riesgo que hace el EPI no implica que haya violencia de género, que no se tuvo en cuenta que las lesiones que denunció a principios de marzo de 2018 no fueron constatadas y que esa causa fue archivada; que se elaboró un informe sobre otro, no se indagó sobre la internación en un neuropsiquiátrico por los intentos de suicidio y no sugirió tratamiento psicológico y psiquiátrico, medidas de protección ni búsqueda de un refugio como había aconsejado la Lic. L.

Indica que la a quo no fundó bien la agravante, porque no se apoyó en una pericia psicológica hecha a la víctima según el Protocolo de Violencia de Género, ya que el informe del EPI sólo mide el riesgo, así como tampoco en el informe socio ambiental del punto 7.3, pruebas determinantes para acreditar con certeza la violencia de género.

Expone que la UFI de violencia de género limitó su investigación a la existencia del delito, desconociendo la importancia de las circunstancias y entorno social, para comprobar el contexto machista de la víctima.

Esgrime que no se dijo por qué no se le cree al imputado, no mencionando las excoriaciones y marcas de uñas que tenía, según acta de fs. 11 y ratificación y acta de visu, de donde se puede concluir que fue golpeado por la denunciante, y que en la cámara de ... se puede ver una discusión entre la pareja, lo que no coincide con los dichos de la denunciante.

Tampoco se expidió la inferior sobre el arma usada en el hecho, habiendo su pupilo negado la existencia de amenazas y el uso de cuchillo, lo que tampoco fue tratado por la a quo, correspondiendo absolver al imputado en virtud del art. 2 CPP.

Hace expresa reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque se analizó toda la prueba rendida, otorgándose preeminencia a la denuncia, de donde surge lo vivido por la víctima.

Considera que la retractación en el debate es un episodio para beneficiar al imputado, habiendo contado la inferior con elementos de convicción suficientes para condenar.

4.- La solución del caso

Voto Preopinante. Dr. Valerio

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado, correspondiendo que, a modo de aclaración preliminar, consigne que el análisis integral de todos los elementos probatorios existentes –en especial la denuncia, el informe de evaluación de riesgo de la víctima que lo califica como alto, el testimonio de la profesional del Equipo Médico Interdisciplinario (UFI de Violencia de Género)– que permiten comprobar que el caso de autos configura un supuesto de violencia de género.

Así, la relación entre el acusado y su pareja presenta matices que dejan advertir una relación desigual de poder entre ambos, asimétrica, con rigidez de roles y sometimiento de esta última en relación al primero, en la que ya se formalizó una denuncia anterior, lo que destaca la Lic. Z. a fs.144/145 vta., considerando asimismo que las partes vivían en situación de calle y trabajaban como «cuida-coches» en la zona donde

ocurrieron los hechos (fundamentos, fs. 228 vta.), lo que desmiente la aserción de la defensa en el sentido de que no se tuvo en cuenta el contexto que rodeó los hechos.

Por el contrario sostengo, tal como he afirmado en ocasiones anteriores, que la sentenciante acertó al examinarlos desde este análisis contextual.

Al respecto, he dicho en términos aplicables al presente (expediente CUIJ 13-04347153-2/1, entre otros), que «[...]el reconocimiento de este tipo de relación disfuncional entre víctima y victimario, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”-; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».**

«Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos. Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba – caso de autos– no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer[...]», probanza que la a quo tuvo en cuenta de manera preferente, justificando por qué razones no le otorga fiabilidad a sus dichos durante el debate y sí a los vertidos durante el inicio del procedimiento.

«En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (**v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente**)».

«El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores».

Es menester resaltar en este punto que la magistrada ha valorado las pruebas reunidas, de conformidad con las normas de la sana crítica racional –cuyo apartamiento el quejoso no ha logrado demostrar– y el principio de unidad de la prueba, al que se encuentra íntimamente relacionado, en tanto «... impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (**L.S. 393-243, 382-107, 381-233**), que es lo que ha sucedido en esta causa.

También se advierte que el quejoso escinde dichas pruebas, las aísla y fragmenta para privarlas del valor que conjuntamente detentan, basando sus agravios en circunstancias que incluidas hipotéticamente en la plataforma elaborada, carecen de virtualidad para modificar la solución a la que se arriba.

En efecto, el hecho de que el imputado tenga marcas de golpes en su cuerpo, no excluye que las amenazas hayan tenido lugar, como sugiere el quejoso.

A esto se suma que el contenido del acta de fs. 10/11 y la denuncia, tal como se ha verificado en el marco de la revisión llevada a cabo, coinciden en lo esencial, debiéndose las diferencias que presentan y el defensor indica, al dinamismo propio del hecho descrito, que abarcó distintos sitios, y al tiempo que

transcurrió entre su inicio y desenlace, toda vez que según fluye de autos la pareja estaba en un bar, discutieron, se fueron al lugar donde vivían, luego salieron y recorrieron distintas calles hasta llegar a... , donde se encontraron con el personal policial, allí el encartado fue aprehendido y la mujer fue llevada en el móvil a formalizar su denuncia.

En este sentido, debe resaltarse que no es decisivo como asevera el impugnante, en la configuración del delito por el que se condena -amenaza agravada-, la dirección exacta del domicilio donde vivían (recurso, fs. 239 vta.), el lugar donde el encartado habría golpeado a la víctima (recurso, fs. 239 vta.) ni cómo se rompió la calza que ella vestía.

Tampoco lo es a los fines que señala, que no se haya evaluado que la víctima estuvo internada en un neuropsiquiátrico o que no se le buscara un refugio para paliar la desprotección que presentaba (recurso, fs. 241 vta).

Además, el recurso no constituye una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con el criterio con el que la a-quo ponderó las pruebas y es por ende, insusceptible de conmover la solución adoptada, lo que se ha dicho con anterioridad (L.S. 400-240, 333-64); discrepancia que se evidencia entre otros tramos de la presentación, cuando sin más base que su opinión personal, niega que se haya acreditado con certeza la existencia de violencia de género (recurso, fs. 241), o bien cuando sostiene que el llanto y la angustia que mostraba la denunciante se debían a su estado de alcoholización. También, cuando cuestiona la validez probatoria de la foto donde se ve rota la calza que vestía (recurso, fs. 240 vta.) y del acta de visu, elementos éstos a los que la juzgadora no les otorga un valor absoluto, pudiendo incluso prescindirse de ellos sin que varíe lo resuelto.

A esto se suma que surge que la víctima estaba «[...]nerviosa y llorando» no sólo del acta de visu sino también de los dichos del oficial S. (acta, fs. 15), sin que ostente la relevancia que le acuerda el recurrente, que los autos 19.820/18 por lesiones, que en copia han sido agregados en lo pertinente, hayan sido finalmente archivados, desde que el informe del EPI sólo los tiene en cuenta como antecedente.

Además, la juzgadora explica desde una perspectiva de género, a qué obedece que la denunciante a fs. 91 diga que mintió, minimizando lo acontecido y la participación del encartado, tal como repite en el debate, retractación que es característica en los casos en los que se sufre violencia de género, a la vez que reconoce expresamente la existencia de dos versiones antagónicas respecto de cómo sucedieron los hechos, fundando debidamente por qué cree en la denuncia y no en lo declarado durante el debate por ella y su pareja. O sea, considera de modo lógico que tiene mayor fuerza la versión dada en el primer momento de la investigación, por su proximidad con el delito, ya que a las 6:40 hs fue trasladada por la policía a realizar la denuncia, lo que le impidió elaborar una versión falsa como hizo después.

A ello aduna el «estado emocional» de la víctima al momento de la retractación en el debate y la precisión en los datos que en dicha oportunidad dio, en contraposición a la falta de pormenores que caracterizó su declaración posterior «...donde se limita a afirmar que mintió sin poder dar detalles certeros de lo que realmente sucedió» (fundamentos, fs. 227 vta), lo que pudo percibir en virtud de la inmediatez propia de la audiencia oral.

El agravio relativo al uso de cuchillo en la amenaza también debe ser descartado, toda vez que su existencia y uso fluye no sólo del relato de la víctima, sino que es replicado en el de los policías que la asistieron, determinando racionalmente la juzgadora que «no puede considerarse que exista algún tipo de confabulación entre el personal policial y la señorita L. para deponer en contra del imputado un hecho falso, habida cuenta que estas afirmaciones están dotadas de la espontaneidad propia de ese momento»

(fundamentos, fs. 227 vta), resultando en consecuencia correctamente agravada la conducta objeto de juzgamiento.

En definitiva, la motivación es suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar esa extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177**), lo que en autos no ocurre.

Resta decir que esta Sala se ha pronunciado en sentido contrario al requerido por la defensa, respecto de la aplicación del principio contenido en el art. 2 C.P.P., determinando que ello no es posible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, aspectos que confluyen en autos (**L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062**).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere

Sobre la misma cuestión los el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Por su voto

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de L. S. S. M y, por ende, corresponde confirmar la sentencia condenatoria cuestionada por el recurrente.

No obstante ello, y considerando que la defensa solicita la aplicación del art. 2 del C.P.P. al caso bajo estudio, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

Tal como referí en el precedente «Ruíz Gutiérrez», desde una perspectiva procesal si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar -en un segundo momento- conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le

atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento, y tal como lo analizó el ministro preopinante, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática y de las particularidades propias de hechos de violencia contra la mujer en un contexto de violencia de género, cumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género.

Cabe destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar y esclarecer lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos.

En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (**Cf. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**).

Debo mencionar que, tal como exprese en el precedente «Galdeano Reyes», la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad, tal como aconteció en el presente caso.

Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorios que se ajusten a los particulares contextos en que se desarrollan los hechos, a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como víctimas y titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos.

ASI VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 237/243 por la defensa oficial de L. S. S. M.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

8- FUNES BERRIOS. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcFBS.pdf

Lex: Art. 149 bis 2° párrafo del CP. Art. 474 inc. 2 del CPP. Ley 26485. Convención Belem Do Pará. CEDAW.

Vox: VG. Coacciones. Valoración de la prueba. Perspectiva de género. Congruencia. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Reincidencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** como autor responsable del delito de coacciones (art. 149 bis segundo párrafo del Cód. Penal) y lo declara reincidente.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria, entiende que no existe congruencia entre las conclusiones y los hechos sucedidos y que no se ha alcanzado certeza para condenar.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 114, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Lassa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Galdeano Reyes 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ontiveros Arancibia. 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CIDH

- Caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México” 30-08-10:
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fernandezortega.pdf>
- Rosendo Cantú y otra vs. México 31-08-10
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/rosendocantu.pdf>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(J.A.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-04414747-9/1((018601-125981)) F C/F. B. S. C. P/COACCIONES (125981) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104494790*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04414747-9/1 caratulada “F. C/ F. B., S. C. P/ COACCIONES S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de S. C. F. B. interpone recurso de casación (fs. 296/300 vta.) contra la Sentencia N° 114 en tanto condena al nombrado a la pena de dos años de prisión como autor responsable del delito de coacciones (art. 149 bis segundo párrafo del Cód. Penal) y lo declara reincidente, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución Recurrida

La sentencia cuestionada establece que el [...] a las [...] horas aproximadamente, en el Barrio [...], el imputado le dijo a su ex pareja V. E. «si no aparece la memoria te voy a quebrar entera, ya sabés la que te espera», provocando en la víctima un estado de temor.

2.- Recurso de casación

Se queja el defensor porque las conclusiones del a quo no son congruentes con los hechos sucedidos, y porque no adquirió el grado de certeza requerido para condenar, por lo que solicita la absolución de su pupilo. En particular, aduce que pesan sobre el encartado dos causas por hechos de agresión hacia la misma supuesta víctima que fueron archivados con anterioridad, por lo que no le resulta creíble el relato que ella hace en la presente. Agrega que no hay testigos presenciales que acrediten los hechos; que la denunciante ya intentó incriminar a su pupilo, y que en esta oportunidad una amiga habría escuchado lo que le dijo, pero su declaración es imprecisa por lo que no se la puede tener en cuenta. Alega que existe una duda insuperable respecto a que el hecho haya sucedido verdaderamente.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar porque el juzgador analizó globalmente la prueba rendida, contextualizando el delito.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Tal como me he expedido con anterioridad (conf. “Merlo Lassa”, entre otros) y a modo de aclaración preliminar, cabe referir que el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar sin hesitación alguna, que el caso de autos configura un claro supuesto de violencia de género.

Así, la relación entre el acusado y su pareja presenta matices que permiten advertir una relación desigual de poder entre ambos, desenvolviéndose desde un tiempo a esta parte a partir de una vinculación signada

por relaciones de subordinación y sometimiento de esta última en relación al primero, por lo que acierta el sentenciante en cuanto analiza los hechos que constituyen la plataforma fáctica intimada, desde este análisis contextual, tal como acontecía en el precedente mencionado.

En esa oportunidad, en términos enteramente aplicables al presente, dije que «[...] el reconocimiento de este tipo de relación disfuncional entre víctima y victimario, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres». «Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos. Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba –caso de autos– no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer». «En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie “C” N° 215 y caso “Rosendo Cantú y otra Vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente)».

«El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores». «Si bien en autos se cuenta con otras probanzas, estimo conveniente resaltar que dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

Ello por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva, que se comenten al amparo de la privacidad». «Con lo cual, cada una de sus expresiones deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa [...]», lo que en la especie ha ocurrido, motivo por el que, adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En efecto, el a quo se ha fundado en las pruebas reunidas –especialmente, en las pericias practicadas al encartado y a la denunciante, en la declaración de esta última durante el debate, constancias de los autos ofrecidos como prueba por el Ministerio Fiscal–, habiendo sido valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha demostrado.

De tal modo, se descarta que las conclusiones a las que arribó sean incongruentes con los hechos juzgados, tal como afirma el impugnante sin más base que su opinión personal (recurso, fs. 296). Ello por cuanto el recurso no contiene una crítica razonada de la sentencia, sino una discrepancia con la labor de ponderación de las probanzas, defecto que impide que prospere, según se ha expedido este Cuerpo con anterioridad (L.S. 400-240, 333-64).

Esto se evidencia en particular cuando tilda de poco creíble y débil (recurso, fs. 299 vta.) a la declaración de la víctima en el debate, que al juzgador le impresionó en virtud de la inmediatez propia de este acto procesal, como «[...] aún más explícita respecto de la violencia vivenciada [...]», ya que en ella relata que ésta es la tercera vez que denuncia al imputado por amenazas; que la ha golpeado y que toda la vida le tuvo miedo, que le pedía por favor que no le pegara más, acción que desarrollaba frente a los hijos, a los que también golpeaba y agredía verbalmente (fundamentos, fs. 280 vta./281). Agrega el sentenciante que sus dichos reúnen los requisitos de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación (fundamentos, fs. 282 vta.), lo que lo lleva a tener por cierta la acusación formulada. Es menester consignar que también disiente el censurante con el criterio del a quo, respecto de la relevancia que le acuerda a las causas P-108.687/14 y P-34.856/15, que contienen denuncias de violencia contra el encartado realizadas por la misma víctima, expedientes que no obstante que se archivaron, fueron adecuadamente merituados conjuntamente con el resto de los elementos probatorios existentes, para enmarcar los hechos sometidos a juicio, en el ámbito de la violencia de género. Además, el agravio centrado en que en esta causa no hay un testigo presencial –calidad que desconoce en la amiga de la víctima que declaró durante la etapa de investigación–, no puede ser acogido, de conformidad con la transcripción efectuada en párrafos precedentes, a la que me remito en honor a la brevedad.

Resta decir que se desestima la aplicación del principio contenido en el art. 2 CPP, que reclama el recurrente, toda vez que la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y, en segundo lugar, no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación por parte del tribunal, según se ha establecido reiteradamente (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros). Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede.

Voto Dr. Adaro. Por sí.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de S. C. F. B.. En especial, comparto los conceptos vertidos en torno a las particularidades probatorias que deben considerarse al momento de valorar hechos que hayan tenido lugar en un contexto de violencia de género. De este modo, y tal como lo refiere el ministro preopinante, la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional, estableciendo lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que supone una amplitud en los estándares probatorios, y una especial ponderación del testimonio de la víctima, teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de la víctima y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres. En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese in re «**Galdeano Reyes**», que «[...] no puedo dejar de soslayar que analizamos una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al

valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (**ver «Fc/Galdeano Reyes, Juan José»**).

Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia; y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

Es por ello, que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales.

En este sentido, in re «Ontiveros Arancibia» sostuve que «[...] que si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales» (**ver «Fc/Ontiveros Arancibia p/ homicidio agravado»**).

Por otro lado, y en relación al pedido de aplicación del principio in dubio pro reo impetrado por la defensa, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el referido principio.

Tal como señalé en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»**, desde una perspectiva procesal si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse. Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática cumpliendo, de este modo, con lo criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho que tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios, omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia género en que se encontraba inmersa la víctima. Como corolario de lo expuesto, pretendo destacar la importancia de que los operadores del derecho lleven adelante una investigación diligente y guiados por los particulares contextos en que se desarrollan los hechos violatorios de derechos humanos, y la aplicación de los estándares probatorias ya delineados a fin de obtener una decisión justa que determine la verdad de los hechos y, en su caso, el castigo de sus responsables. Todo ello implica, en definitiva, y como medida de reparación, poner en valor a las personas como titulares de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERO CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 296/300 vta. por la defensa de S. C. F. B..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. J. E. H. para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese.

Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

9- SULCA. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcSAA.pdf

Lex: Art. 142 inc. 1°, 1° y 2° supuesto, e inc. 2°, art. 55, art. 92 en función con el art. 80 inc. 1° y 11°, y art. 149 bis 1° párrafo 2° supuesto del CP.

Vox: VG. Amenaza. Coacción. Lesiones agravadas. Concurso real. Privación ilegítima de la libertad. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Valoración de la prueba. Perspectiva de género.

Summa:

La Excma. **Sexta Cámara del Crimen** (Hoy TPC N° 2) condenó al señalado a la pena de **dos años y cinco meses de prisión** de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45) de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por el vínculo y por ser cometida con violencia y amenazas en concurso real con lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de género y coacciones (art. 142 inc. 1°, primer y segundo supuesto, e inc. 2°, art. 55, art. 92 en función con el art. 80 inc. 1° y 11, y art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso en el marco del art. 474 inc. 2 del CPP. y cuestiona la valoración probatoria efectuada por el tribunal, interpretando que la sentencia resulta nula, contraria a las garantías constitucionales del principio de inocencia e in dubio pro reo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Entiende que la prueba fue valorada en su conjunto y no aisladamente como pretende la recurrente.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4688, pronunciada por la Excma. Sexta Cámara del Crimen - 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Lassa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ruiz Gutiérrez 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Galdeano Reyes 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

b-CIDH

- Fernández Ortega vs. México. 15-05-11:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es
- Rosendo Cantu vs. México. 15-05-11:
https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

(J.A.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-04256184-8/1((010506-46857)) FC/ S. A. A. S. P/ PRIVACION ILEGITIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR EL VÍNCULO Y POR SER COMETIDA CON VIOLENCIA Y AMENAZAS (46857) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104327279*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04256184-8/1, caratulada “FC/S. A., A. S. P/ PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD AGRAVADA POR EL VÍNCULO Y POR SER COMETIDA CON VIOLENCIA Y AMENAZAS, EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES DOLOSAS DOBLEMENTE AGRAVADAS POR EL VÍNCULO Y POR MEDIAR VIOLENCIA DE GENERO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO; y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de A. S. S. A. interpone recurso de casación (fs. 244/246 vta.) contra la Sentencia N° 4.688 (fs. 230 y vta.) y sus fundamentos (fs. 235/240), mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de dos años y cinco meses de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45) de los delitos de privación ilegítima de la libertad agravada por el vínculo y por ser cometida con violencia y amenazas -causa N° P-46.857/13- en concurso real con lesiones leves dolosas doblemente agravadas por el vínculo y por mediar violencia de genero -causa N° P-39.377/13- y coacciones -causa N° P-22.929/13- (art. 142 inc. 1°, primer y segundo supuesto, e inc. 2°, art. 55, art. 92 en función con el art. 80 inc. 1° y 11, y art. 149 bis, 1° párrafo, 2° supuesto del Código Penal). El pronunciamiento fue dictado por la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En los autos N° **P-22.929/13** el a quo tuvo por probado que «el día 08 de marzo de 2013, en horas de la noche, en el momento en que A. S. S. A. se encontraba en su vivienda sita en barrio [...], junto a su ex pareja M. E. I. L., comenzaron a discutir, luego de lo cual A. S. le propino golpes de puño en el rostro, espalda y cintura a su ex pareja, mientras le manifestaba “...más te vale que no me pongas la denuncia, vos sabes que no puedo tener denuncias, porque tengo muchas causa”».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes: la declaración testimonial de E. I. L., de S. M. L. y el informe del examen psíquico realizado por el Cuerpo Médico Forense a la víctima.

A su vez, en los autos N° **P-39.377/13** el a quo tuvo por acreditado que: «[e]l día 13 de abril de 2013, siendo aproximadamente las 14.00 horas, A. S. S. A. se hizo presente en el domicilio de su ex pareja, la ciudadana M. E. I., ubicado en el Barrio [...], y tras mantener una discusión con la misma, la tomó del cuello, para luego arrojarla sobre la cama, y le propinó un golpe de puño en el ojo, por lo que la ciudadana I. cayó al suelo, donde S. A. continuó golpeándola esta vez pateándola en la zona del abdomen y costillas, causándole a su ex pareja múltiples lesiones».

En este caso el tribunal interviniente valoró entre los elementos preponderantes: la declaración testimonial de E. I. L. y las copias certificadas del libre de servicio de guardia del Hospital Carrillo.

Finalmente, en los autos **46.857/13** tuvo por probado que: «[p]ara fecha 06 de mayo de 2013, siendo aproximadamente las 21.00 horas, en el momento en que la ciudadana M. E. I. L., se encontraba conversando con el ciudadano S. A. S., padre de su ex pareja, en el interior del domicilio de este, ubicado en el Barrio [...], sobre las denuncias que la misma había radicado contra su hijo, el progenitor de su ex pareja le pidió amablemente que retirara las denuncias que había radicado contra éste, a lo que la ciudadana I. se negó, porque su ex pareja la golpeaba y por ende no lo merecía, seguidamente se presentó en el domicilio su ex pareja A. S. S. A., quien tras pedirle que hablaran, le solicitó que le levantara la denuncia que le había hecho, porque de lo contrario lo iban a mandar al penal, y, ante la negativa de la ciudadana I., éste tomó a la hija de ambos de nombre M. para llevársela a uno de los dormitorios de la vivienda, y como no volvía la niña, su madre fue a buscarla, siendo en tal momento cuando A. S. S. A. le manifestó “...vos ahora no te vas a ir, vos te vas a ir mañana cuando me retires la denuncia...” no permitiéndole abandonar el domicilio y obligándola así a pernoctar en el mismo contra su voluntad».

Por último, en estos autos el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes: la declaración testimonial de E. I. L., de S. A. S. y de S. M. L.; el informe del examen físico y psíquico de E. I. L. y el Expediente N° 756/13/9F del Noveno Juzgado de Familia en el que se encuentra agregado el informe del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario.

2.- Recurso de casación

La impugnación de los defensores se enmarca en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del C.P.P. Así sostienen los siguientes cuestionamientos.

Para comenzar entiendo oportuno destacar que los recurrentes encuadran el razonamiento del a quo en una nulidad absoluta atento a que no existen elementos de convicción suficientes que acrediten la existencia del hecho investigado.

Señalan que el tiempo transcurrido entre las denuncias realizadas y la resolución hoy atacada, es extremadamente prolongado, tanto, que fueron las partes las que recompusieron sus relaciones sin necesidad de que el Estado, a través del Poder Judicial, realizará pronunciamiento alguno. Por lo tanto considera absurda la sentencia por extemporánea ya que, lejos de brindar una solución, aporta un perjuicio para las partes, porque si I. necesitó de la Justicia, ésta no estuvo, y hoy, cinco años después, se dicta una sentencia que no representa interés para ninguna de las partes involucradas.

Resaltan que la denunciante fue citada en más de seis oportunidades y nunca concurrió a la audiencia de debate porque no estaba interesada en que se obtuviera un pronunciamiento por los hechos denunciados cinco años atrás. Por ello dicha audiencia se pospuso aproximadamente por un año, a punto tal que se debió realizar sin la comparecencia de aquélla, lo cual es toda una presunción de cómo ocurrieron los hechos en la realidad.

Asimismo, refieren que el Ministerio Público Fiscal ofreció como testigo a S. M. L., quien reconoció en la audiencia de debate que mintió al momento de prestar declaración en la fiscalía y que su hija hizo todo esto por celos, a tal punto que fue detenida a raíz del falso testimonio. Por lo que el recurrente considera que no puede asegurar si la testigo L. mintió cuando prestó declaración en la fiscalía o cuando fue indagada en la audiencia de debate, pero sí que fue mendaz. En efecto, sostienen que el razonamiento del a quo es contrario a las garantías constitucionales del principio de inocencia e in dubio pro reo, atento a que las ambigüedades en la declaración de la testigo L. nunca pueden ser evaluadas en contra del imputado.

También expresan que las lesiones denunciadas por I., en los autos 22.929/13, no pudieron ser constatadas debido a que no concurrió al Cuerpo Médico Forense.

Agregan que S. en ese momento estaba con otra mujer paralelamente a su relación con I., y que por esa razón esta última realizó todas las denuncias en el lapso de dos meses, los que coincidieron con los meses de ruptura de su relación como pareja. Además, tanto antes como después de estas denuncias, no existieron hechos de violencia entre las partes, lo cual no es un dato menor que debió ser valorado por el juzgador al momento de fundar su sentencia.

Por lo tanto consideran que el a quo intentó justificar el «desinterés» de I. por el destino de su causa en un sometimiento psicológico, físico y económico, pero sin embargo no explica cómo ese sometimiento tuvo su nacimiento, desarrollo y final en el término de dos meses.

Endilgan que en su elucubración, el juez de sentencia expresa que E. L. y A. S. tratan de proteger a A. S., lo que del segundo es entendible y hasta justificable, pero no de la señora L., pues con qué fin intentaría proteger al agresor de su hija.

Finalmente expresan que, de los testimonios brindados en la audiencia de debate no se puede inferir que el imputado S. sea culpable de los hechos que se lo acusa, por ello los recurrentes consideran que el a quo optó por recurrir a una fundamentación aparente que descrea de las manifestaciones de los deponentes y tiene por acreditado el hecho fundado en testimonios ausentes. Así entienden que las tres causas tratadas en la sentencia atacada adolecen de solidez probatoria (ver recurso, fs. 245 vta./246).

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la sentencia impugnada.

Sostiene que se advierte de manera clara que el tribunal de sentencia contó oportunamente con los elementos probatorios necesarios para lograr la certeza requerida en ese estadio procesal a los fines de condenar al imputado S., tal como lo hizo. Expresa que cada elemento probatorio fue evaluado por el tribunal, pero no en forma aislada como pretende la defensa para beneficiar a su pupilo, sino de manera conjunta.

Estima que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa. En efecto señala que, la defensa insiste en la versión efectuada al momento de los alegatos en relación a que no se ha podido acreditar la existencia de los hechos atribuidos a su asistido. No obstante ello, sostiene que la reiteración en esta instancia de la estrategia defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio colectado y valorado por el a quo en la sentencia. Argumenta que no se advierte defecto alguno en la motivación de la sentencia y los argumentos vertidos en el recurso no alcanzan a desvirtuar los fundamentos dados por el sentenciante, ya que el Tribunal señaló los motivos por los cuales consideraba probados los hechos descriptos en la requisitoria fiscal y la autoría del encartado.

Por lo expuesto, considera que el recurso interpuesto por la defensa no puede prosperar, ya que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada esté motivada de forma aparente o errada y que se afecten garantías constitucionales, sino que se encuentre sólidamente fundada, valorando el sentenciante la prueba en la que se basa para sostener la autoría del encartado en los hechos investigados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Para comenzar entiendo oportuno destacar, tal como me he expedido con anterioridad (**Merlo Lassa**), y a modo de aclaración preliminar, cabe referir que el **análisis integral** de todos los elementos existentes, permiten comprobar sin hesitación alguna, que el caso de autos configura un claro supuesto de violencia de género.

Así, la relación entre el acusado y su pareja presenta matices que permiten advertir una **relación desigual de poder entre ambos**, desarrollándose desde un tiempo a esta parte a partir de una vinculación signada por relaciones de subordinación y sometimiento de esta última en relación al primero, por lo que acierta el sentenciante en cuanto analiza los hechos que constituyen la plataforma fáctica intimada, desde este análisis contextual, tal como acontecía en el precedente mencionado.

En esa oportunidad, en términos enteramente aplicables al presente, dije que «[...] el reconocimiento de este tipo de relación disfuncional entre víctima y victimario, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

«Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos. Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba -caso de autos- no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer».

«En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (v. Corte IDH, caso “**Fernández Ortega y otros. Vs. México**”, **sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente**)».

«El autor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores».

«Si bien en autos se cuenta con otras probanzas, estimo conveniente resaltar que dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (Corte IDH, **Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89**). Ello por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva, que se cometen al amparo de la privacidad».

«Con lo cual, cada una de sus expresiones deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa [...]», lo que en la especie ha ocurrido, motivo por el que, adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el

recurso de casación debe ser rechazado. En efecto, comparto las conclusiones a las que llega el tribunal a quo en sus fundamentos.

Respecto a que la sentencia es **extemporánea**, debido a que es extremadamente prolongado el tiempo transcurrido entre las denuncias y el pronunciamiento del tribunal sentenciante, advierto que el agravio esgrimido por los recurrentes no encuadra en ninguna de las causales de nulidad de la sentencia previstas en el art. 416 del C.P.P., resultando de esta manera simples afirmaciones personales, sin sustento en norma legal alguna. Por lo tanto, el referido agravio debe ser rechazado.

En cuanto a que la denunciante **nunca concurrió a la audiencia** de debate porque no estaba interesada en que se obtuviera un pronunciamiento por los hechos denunciados, no le asiste razón a los recurrentes. En efecto, se debe tener en cuenta, por un lado que el tribunal interviniente en forma acertada entendió que el sometimiento psicológico, físico y económico de M. I. respecto del imputado podía constituir un motivo para no concurrir al debate, teniendo en cuenta particularmente su dependencia económica por sus tres hijas y que S. tenía una condena condicional anterior.

Por otro lado, surge además de la fundamentación de la sentencia que S. M. L., madre de M. I., manifestó durante el debate (fs. 236) que su hija había viajado a Tucumán, y por esa razón, no concurrió al debate. Por consiguiente, estimo que el aludido agravio también debe ser rechazado, atento a que comparto el razonamiento del tribunal de sentencia, en tanto se encuentra probado los hechos y la autoría de A. S. con las denuncias formuladas y el resto de la prueba agregada, pese a que la víctima no concurriera a declarar en el debate oral.

Además, es importante resaltar que el tribunal de sentencia, destacó que el imputado S. había sido condenado a un mes de prisión en suspenso por lesiones leves (fs. 34/35), en el mismo mes de ocurrido el hecho en los autos P-22.929/13 -marzo de 2013-. Por consiguiente, si se confirmaba lo denunciado por I., se le revocaría la condicionalidad de la pena impuesta, motivo por el cual S. la coaccionó y agredió.

Si bien es cierto que S. M. L. manifestó en el debate haber mentido al prestar declaración testimonial en la fiscalía, el tribunal de sentencia luego de analizar las tres causas (P-22.929/13, P-39.377/13 y P-46.857/13), en razonamiento que comparto, manifestó que la declaración prestada en la instrucción penal preparatoria (fs. 47) en los autos P-22.929/13, resultó concordante con la prueba existente y con lo denunciado por su hija M. I. en los hechos investigados, por lo que corresponde el rechazo de este agravio. Es de resaltar que los dichos de S. M. L., como así también los de la víctima, M. I., encuentran apoyo en otras pruebas incorporadas en la causa, como por ej. el informe del examen físico de fs. 64 y 77 en el que consta que la víctima se encontraba lesionada, el informe del examen psíquico de fs. 104 en el que se afirma que su relato posee parámetros de credibilidad y, por último en el Expte. 756/13/9F del Noveno Juzgado de Familia del que surge la situación de violencia que padecía la víctima.

Con respecto al cuestionamiento vinculado a que las lesiones denunciadas en los autos P-22.929/13 no pudieron ser constatadas debido a que la víctima no concurrió al Cuerpo Médico Forense, considero que este agravio no debe ser analizado atento a que surge claramente de la fundamentación de la sentencia que el tribunal interviniente sostuvo que, al no haberse constatados las lesiones denunciadas, la imputación sólo era por las amenazas recibidas.

En cuanto a los agravios referidos a que el tribunal a quo no valoró, al momento de dictar sentencia, que M. I. realizó todas las denuncias en el lapso de dos meses porque S. se encontraba paralelamente con otra mujer y, que tanto antes como después de las denuncias no existieron hechos de violencia entre ellos, así como también que el a quo expresó que tanto E. L. como A. S. trataban de proteger al imputado, estimo que no resulta esencial el tratamiento de ambos agravios.

En efecto, es de resaltar, que los recurrentes no fundan estos agravios en cuanto a la decisividad que tendrían las contradicciones que señalan, lo que es su deber. En este sentido, para determinar si la prueba omitida de valoración es decisiva o no, se debe recurrir al método de la inclusión o exclusión mental hipotética, por lo que una prueba es decisiva y afecta la motivación, si mentalmente se la incluyera o excluyera en el análisis probatorio y las conclusiones hubieran sido distintas. En el caso concreto surge de los fundamentos atacados que la sentencia se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos, explicando el tribunal el mérito que ha dado a cada uno de los testimonios producidos durante el debate oral, señalando las concordancias con otros elementos probatorios legalmente incorporados en el referido debate, sin encontrar en sus razonamientos ningún vicio decisivo que invalide la motivación en la que se funda la sentencia atacada.

Se advierte, así tal como lo ha señalado el Procurador General, que los recurrentes pretenden una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa sin lograr desvirtuar adecuadamente el razonamiento del tribunal interviniente. Por lo tanto la reiteración de la estrategia defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio colectado y valorado en la sentencia. Tampoco le asiste razón a los recurrentes, al manifestar que el a quo optó por recurrir a una fundamentación aparente. Entiendo que el tribunal realizó la valoración de las pruebas bajo las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento los quejosos no han demostrado. Por lo tanto dicho razonamiento no es contrario a las garantías constitucionales del principio de inocencia e in dubio pro reo, tal como sostienen los recurrentes.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa de A. S. S. A.. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Por sí.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de A. S. A. y, por ende, corresponde confirmar la sentencia condenatoria cuestionada por el recurrente.

No obstante ello, y considerando que la defensa solicita la aplicación del art. 2 del C.P.P. al caso bajo estudio, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

En este sentido, debo mencionar que en el **precedente «Ruíz Gutiérrez»** señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia de género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una **regla de decisión**, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar -en un segundo momento- conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse

cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio. Expresamente referí que «[...] la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento, y tal como lo analizó el ministro preopinante, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática y de las particularidades propias de hechos de violencia contra la mujer en un contexto de violencia de género, cumpliendo de esta manera, con los criterios interpretativos que establece la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, la que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En este sentido, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a los compromisos asumidos por el Estado argentino de asegurar un efectivo acceso a la justicia y una condena justa como una medida de reparación para la víctima y sus familiares, en casos como en el presente, en donde la víctima pertenece a un sector vulnerable de la población en razón de su género.

Cabe destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH, respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66**).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar y esclarecer lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos. En pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (Cf. **Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78**).

En este entendimiento, y tal como exprese en el **precedente «Galdeano Reyes»**, la cuestión en análisis constituye «[...] una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en

la esfera penal— debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad. Sentado cuanto precede, y como adelantara, estimo que el sentenciante interpretó adecuadamente y con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, los distintos indicios que daban cuenta que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género. De este modo, el a quo atribuyó —acertadamente a mí criterio— que la incomparecencia de la víctima a declarar en audiencia de debate tuvo como causa el sometimiento psicológico, físico y económico que el imputado ejerce sobre M. I.. Destacó de esta manera las derivaciones propias de las relaciones asimétricas de poder que se fortalecen en contextos de violencia de género.

En definitiva, entiendo que resulta imperioso para la defensa de la mujer en este contexto, considerar prioritariamente todos los antecedentes de violencia previos al evento que finalmente fue puesto en conocimiento de las autoridades, y que conforman el llamado **«ciclo de violencia»**, mecanismo que puede explicar satisfactoriamente las posibles inconsistencias o contradicciones en el relato de la víctima y, aún, su retracción o desestimiento de la denuncia, como así también, el tiempo transcurrido hasta que formaliza la denuncia, entre otras conductas que el referido ciclo genera en la personalidad de las mujeres en situación de vulnerabilidad. Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis integral por parte de los operadores del derecho, constituye un obstáculo para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia, y contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

Por último, y en este orden de ideas, no puedo dejar de señalar que en la presente causa no se adoptaron todas las medidas conducentes a la prevención contemplada en las convenciones internacionales a fin de evitar el entorpecimiento probatorio en la tramitación de las distintas causas seguidas contra S. A.. En este sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer «Convención de Belém do Pará», incorporada a nuestra legislación mediante la sanción de la ley N° 24.632, establece el deber de los Estados partes de «[...] actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer» (inc. b).

En este entendimiento, advierto que en la presente causa, no obstante los antecedentes de violencia del imputado hacia la víctima en donde resultó condenado en la causa N° 5.266/10 por el delito de lesiones a la pena de un mes de prisión en suspenso, y los antecedentes de violencia hacia la víctima del que dio cuenta los autos remitidos «ad effectum videndi» por el Noveno Juzgado de Familia, se le otorgó al imputado la libertad bajo caución juratoria imponiéndole, entre otras condiciones, la prohibición de acercamiento a la víctima. Se puede fácilmente inferir que esta situación procesal le permitió al imputado —teniendo en cuenta la falta de diligencia o de medios que posibiliten un efectivo control del cumplimiento de esta obligación— infringir la medida e influenciar a la víctima en su voluntad de declarar o de asistir a las distintas citaciones ordenadas por el titular de la acción pública, entorpeciendo, en cierta medida, la

producción de prueba tendiente a acreditar los extremos de la imputación. Entiendo que, a la luz de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en la temática sobre violencia de género, no resultó plausible la medida de coerción personal seleccionada por la magistrada interviniente para prevenir los posibles riesgos a los que se encuentra sometida una víctima inmersa en un contexto de violencia de género.

De esta manera, se impone la conclusión que los operadores del derecho intervinientes en aquella oportunidad, no cumplieron adecuadamente con la obligación de prevenir las posibles influencias que pudo tener el imputado y, aún los distintos riesgos de violencia en sus diversas manifestaciones a las que pudo estar sometida la víctima durante la tramitación del proceso, mediante la implementación de todas las medidas adecuadas tendientes a controlar el cumplimiento de la medida cautelar por parte del imputado. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A. S. S. A..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. A. M. e I. Y. para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen a efectos de fijar pena. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

10- CAPEZZONE. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-1°
														-2°
VG	Par	-	-	PCC	-1°	-	A	-	-	-	-	-	N	412

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcCBM.pdf

Lex: Art. 149 bis, 1° párrafo 2° supuesto del CP; 34 inc. 1° del CP; 156, 201, 341 bis, 411 inc. 5° y 474 incs. 1° y 2° CPP.

Vox: VG. Amenazas agravadas. Arma de fuego. Valoración probatoria. Testimonio de la víctima. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Inimputabilidad. Nulidad relativa. Lectura de fundamentos.

Summa:

El **Segundo Juzgado Correccional -1° CJ** (hoy JPC N° 2) condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión** en suspenso por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis, segundo supuesto del CP).

La **defensa** interpone recurso a tenor de lo dispuesto en los art 474 incisos 1 y 2 del CPP. Como vicio procesal, el recurrente plantea la nulidad del decreto de avoque y de los fundamentos de la sentencia. Asimismo, cuestiona la valoración de la prueba, en particular, respecto a los exámenes psíquicos del imputado y al testimonio de la víctima. Como vicio sustancial, sostiene que el tribunal de sentencia ha errado en la solución jurídica del caso al no aplicar el art. 34 inc. 1 del C.P. respecto de su defendido.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6313, pronunciada por el Segundo Juzgado Correccional-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Miranda Sosa
- Luna García
- Ruiz Gutiérrez 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf

b-CSJN

- Acosta A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000.

Doctrina citada.

- CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007.

Precedentes relacionados

- Galdeano Reyes 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Baina Madril 16-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220516_FcBMA.pdf
- Cruz Caporiccio 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Quiroga Morales 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

Parágrafos destacados

“También debe recordarse que este Tribunal ha sostenido en forma pacífica que las nulidades no constituyen un fin en sí mismo, sino que su función se orienta dentro de un proceso a proteger derechos y garantía. De este modo, un defecto formal patente en un acto procesal no es condición suficiente sino necesaria para declarar su nulidad. Además, debe demostrarse en qué modo ese incumplimiento contribuyó a la afectación de un derecho o garantía protegido por ella (conf. “Miranda Sosa”, “Luna García”, entre otros)”.

“En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al aplicar en materia de nulidades una pauta de interpretación restrictiva según la cual sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000)”.

“Por ello, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404)”.

“Estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo”.

“En este sentido, debo mencionar que en el precedente «Ruiz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque”.

“Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria”.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

(G.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-04270804-0/1((011202-122363)) FC/ C. B. M. P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA DE FUEGO (122363) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104342851*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ N° 13-04270804-0/1, caratulada "F. C/ C. B., M. P/ AMENAZAS AGRAVADAS POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo, Dr. JOSÉ V. VALERIO y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

A f 238/247 la defensa de M. C. B. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 6.313 agregada a f 224/225 y vta. y sus fundamentos (f 227/235), en cuanto condenó a su defendido a la pena de dos años de prisión en suspenso por el delito de amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis, segundo supuesto del C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P122.363/17/2 por el entonces Segundo Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costa

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución recurrida tuvo por acreditado que «[...] el día 28 de agosto de 2017, siendo las 21.30 horas aproximadamente, M. C. B. se hizo presente en el domicilio de su ex pareja A. C. S. ubicado en Barrio casa y luego de mantener una discusión con ésta última, el Sr. C. le manifestó, exhibiéndole un arma de fuego, las siguientes palabras: "...yo tengo método para hacer las cosas, si no es por las buenas es por las malas». Para así decidir el tribunal de sentencia tomó en consideración, principalmente, el acta de denuncia de f 1/5; el informe de valoración de riesgo de violencia física grave en la pareja y contra la mujer realizado por el EPI a la víctima (f 23/25); las actas de allanamiento, aprehensión, ratificación y secuestro (f 44/51); el informe del exámen psíquico realizado por la Dra. Laura Hanna (f 57); el acta donde consta que el imputado se abstuvo de declarar; el informe de f 74, la declaración del imputado manifestada a f 78, las historias clínicas de C. B. aportadas por los hospitales Carlos Pereyra (f198/210), el Sauce (f171/187 y vta.) y por la Clínica Di Ferro (f211); la pericia psicológica llevada a cabo en forma conjunta por la Dra. Laura Hanna, del Cuerpo Médico Forense y el Dr., perito de parte; y las declaraciones testimoniales de los Dres;y; y de

II.- Recurso de casación formulado

El defensor promueve impugnación a tenor de lo dispuesto en los art 474 incisos 1 y 2 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo y de vicios in iudicando.

a.- Vicios in procedendo

a.1. Planteos de nulidad

Según la defensa el decreto de avoque habría sido formulado por la Fiscal Mónica Romero, pero según las constancias del expediente, no fue suscripto por ella sino por la Ayudante Fiscal Andrea Sandom, lo cual constituye una irregularidad procesal grave (art. 341 bis del CPP).

A su vez, señala que los fundamentos de la sentencia no se encuentran firmados por el Secretario, lo que los anula conforme lo sostenido por el art. 156 del CPP.

a.2. Falta de fundamentación de la sentencia

Sobre la valoración de prueba en general, sostiene los siguientes argumentos. Tanto la privación de libertad de C. durante la instrucción, como todo el proceso, es producto de la “imaginación de pruebas” y de “una defensa acérrima” que la ley 26.485 brinda al sexo femenino.

La sentencia condenatoria tiene una fundamentación aparente, desligada y contraria al material probatorio rendido, incongruente y arbitraria, e invierte la carga probatoria. Por ello vulnera la exigencia de fundamentación y el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, lo que ocurre también con la acusación fiscal. La única prueba para condenar es el testimonio de la denunciante, al cual la jueza le da “fe bíblica” sin explicar los motivos que la conducen a ello y pese a las numerosas contradicciones en que incurrió.

En efecto, señala que la víctima afirmó que C. estaba agresivo, loco, con los ojos salidos, cara mala, nervioso, alterado porque se había perdido en el camino a su domicilio, y que luego del hecho pidió disculpas porque estaba mal medicado o no se había tomado la medicación, lo que contraría su estado de imputabilidad en el momento del hecho. Además, dijo conocer el auto del imputado, que es, pero lo describió como, Respecto del arma, primero dijo que no sabía que el imputado tenía ese elemento, luego en dos oportunidades dijo que sabía que la tenía. Por ello, refiere la defensa que las explicaciones del fallo al respecto son “forzadas” y constituyen una apreciación subjetiva carente de respaldo probatorio y de una explicación razonada. Los “errores en la apreciación horaria” que encuentra la jueza son incomprensibles, a tal punto que podría decirse que la testigo confunde el día con la noche. No se encuentra debidamente acreditado que C. se encontraba medicado al momento del hecho y no en un estado de psicosis. Ni la víctima, ni el testigo, podrían saberlo, y se omitió efectuar un examen de sangre u orina que pudieran determinarlo. Cuestiona por “insólita” la afirmación de la a quo según la cual el imputado hace uso gA.ncial de la patología psiquiátrica que padece para intentar evadir su responsabilidad penal y la peligrosidad evidenciada. Por otro lado, expresa que la valoración de la prueba relativa a la imputabilidad de C. es arbitraria.

Se han distorsionando abusivamente los dictámenes médicos, apartándose de sus conclusiones, “inventando” períodos de imputabilidad e inimputabilidad sin fundamento científico ni legal, omitiendo el estudio y valoración de las historias clínicas, y como consecuencia, se inaplicó el art. 34 inc. 1° del CP. Afirma la defensa que C. es inimputable por padecer bipolaridad grado 1, llegando a grados de psicosis maníaca. Además, entiende que no se ha acreditado que las amenazas hayan sido acompañadas del uso de un arma de fuego. Refiere que la jueza concluye que C. estaba medicado en base a: i) al testimonio de la Dra. ..., aunque ésta aludió en su informe al estado del imputado al momento de ser evaluado; ii) el testimonio de la denunciante, según el cual en el momento del hecho C. estaba bajo efectos de medicamentos; iii) el testimonio de -..., que lo vio tranquilo y evidentemente medicado; y iv) de que el imputado dijo poseer los medicamentos en su domicilio. Concluir de ello que C. al momento del hecho era imputable, implica una afirmación ligera y carente de fundamentos científicos, contradictoria con los testimonios, pericias e historias clínicas. No existen pruebas del estado de imputabilidad de C. al momento del hecho, ni siquiera de su presencia en el lugar. Agrega que la carga de la prueba corresponde al acusador, que no ha acreditado la imputabilidad de C. al momento del hecho.

a.3. Agravios relativos a los exámenes psíquicos efectuados al imputado

Respecto del examen psíquico realizado al imputado por la Dra. ... y agregado a f 57 la defensa expresa que: i) es contradictorio porque señala que formó pareja con la denunciante durante un año, contrariamente a lo sostenido por ésta en su denuncia, que sostuvo que convivieron siete años; ii) no determina ni refiere el estado psíquico o psiquiátrico de M. C. en el momento del presunto hecho denunciado, es decir, el día 28/08/17 a las 21:30 h, ni tampoco si estaba medicado, omisión científica relevante que debe determinar la invalidación de todo lo actuado; iii) es contradictorio con testimonios, historias clínicas y las conclusiones del perito de parte, según el cual C. es inimputable; iv) fue realizada en escasos 15 minutos. Considera que la pericia psicológica del Dr. ... se contradice con la de la Dra. ... en cuanto a la imputabilidad de C., y que todos los informes son contestes en cuanto a que C. es enfermo mental crónico, sin cura alguna; que por eso debe estar medicado permanentemente, porque sino se descompensa y se pone agresivo, pierde la noción del tiempo y la realidad sin medir consecuencias ni distinguir lo bueno de lo malo; que el período de descompensación es variable y prolongado y puede durar días, no hora

a.4. Agravios vinculados al testimonio de la víctima

Al respecto, entiende el recurrente que el testimonio de la víctima contradice la imputabilidad de C. porque reconoce que era llamado “el loco”, que había estado internado mucho tiempo, que es bipolar -a veces “bueno” y a veces se ponía agresivo-, y que con el arma sí se asustó porque “es enfermo”.

Agrega que de los testimonios de la víctima no queda claro si el imputado tenía o no un arma, dado que por un lado sostuvo que él le había dicho que tenía una, pero ella no le había creído y no la había visto, y por otro refirió que vio un arma con forma de “L”.

Afirma que la víctima señaló que no conocía el estado del expediente por desalojo que la opone al imputado, mientras que en esa misma fecha había interpuesto un recurso de reposición en esos autos, con su firma. Esto demuestra su interés en causar perjuicio al imputado en razón de la contienda civil que existe entre ellos; contienda cuyo estado negó conocer.

a.5. Agravios relativos al testimonio de ...

En relación a la declaración, señala que ... manifestó que estuvo el día del hecho con el imputado en su domicilio hasta las 21:30 o 22:00. Para sortear esta incongruencia horaria, la jueza hizo una “rebuscada” e “incomprensible” conjunción de horarios y cálculos de distancia para concluir que tanto ... como la víctima estaban equivocados en el horario; todo para aseverar que C. pudo perfectamente cometer el hecho y luego reunirse con ..., lo cual es cuestionable porque implica señalar que el hecho ocurrió a la tarde y no a la noche, y que dos personas están confundidas por dos horas y media respecto del momento del hecho. Según el recurrente, ... asegura haber cenado en la casa de C., a donde fue una vez que salió del trabajo a las 20:30 y luego de pasar a comprar una pizza, permaneciendo en la casa del imputado hasta las 22 hora. Sin perjuicio de ello, señala que la jueza consideró imposible que en ese lapso de tiempo el testigo haya desarrollado tanta actividad, lo que sería producto de un error de apreciación temporal. A entender de la jueza, C. y ... se habrían encontrado más tarde, luego de que el imputado volviera de la casa de la víctima y, según ..., C. estaba tranquilo, lo que evidenciaba que había tomado la mediación y que estaba ocupado en obtener una coartada.

b. *Vicios in iudicando*

El recurrente sostiene que el tribunal de sentencia ha errado en la solución jurídica del caso al no aplicar el art. 34 inc. 1 del C.P. al momento de resolver el caso traído a su conocimiento. Considera que en el caso de autos, por el estado de inimputabilidad de su defendido, quien padece trastorno bipolar grado 1, debió

aplicarse el principio constitucional de inocencia por la duda. Además, señala que el decomiso efectuado es improcedente, y solicita que se restituya el arma depositándola a nombre de R. M.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Expresa que la defensa pretende una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

Luego de analizar los agravios expresados por la defensa técnica advierte que la sentencia se encuentra debidamente fundada, ya que la a quo se explayó en el análisis del plexo probatorio colectado en su conjunto, con detalle las pruebas que produjeron la certeza requerida para condenar a M. C. B..

Expresa que no comparte la postura defensiva que sostiene la arbitrariedad de la sentencia por valoración errónea e incongruente de la prueba incorporada; y señala que los agravios enumerados, más que vicios de la sentencia, reflejan una discrepancia de la defensa con la interpretación dada al plexo probatorio por la juzgadora. Por otra parte, entiende que no corresponde la entrega del arma al Dr. R. M. por haber sido utilizada para cometer el delito por el que fue condenado el Sr. C..

Respecto de la ausencia de firma de la fiscal en el decreto de avoque, explicita que ello es facultad del ayudante fiscal dentro de los actos de investigación por delegación del fiscal interviniente. Por lo señalado, y al estar demostrado claramente la inexistencia de arbitrariedad en la sentencia cuestionada, entiende corresponde rechazar el recurso de casación articulado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro Preopinante

Analizando el recurso casatorio intentado, la sentencia cuestionada y las constancias de la causa, entiendo que la vía impugnativa incoada debe ser rechazada, debiendo confirmarse la resolución atacada, toda vez que los agravios formulados por la defensa de M. C. B. no han logrado desvirtuar su validez.

A efectos de brindar un tratamiento ordenado al recurso de la defensa, en primer lugar se analizarán los planteos de nulidad formulados (a), para luego evaluar la fundamentación de la sentencia y la valoración probatoria allí efectuada en la sentencia contrastándola con los agravios del recurrente (b) y finalmente se descartará el vicio in iudicando formulado en relación con el destino del arma secuestrada (c).

a) Planteos de nulidad

En relación con el agravio vinculado a la falta de firma del Secretario en la sentencia, es necesario considerar que en el actual ordenamiento procesal de Mendoza la firma del secretario no es exigible y que, ante el supuesto de la ausencia de firma del juez, que es la exigible, estaríamos ante una nulidad procesal relativa y subsanable.

Específicamente el art. 411 del C.P.P. en su inc. 5 establece que la sentencia debe contener «la firma de los jueces[...]».

A su vez, el art. 156 del CPP, en su actual redacción, dispone que «las sentencias, autos y decretos deberán ser suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente. [...] Las sentencias por Juicio Común por el Juez que actuare, con la salvedad prevista por el inc. 5 del Art. 411. Las sentencias de Sobreseimiento, Juicio Abreviado y los Autos, por el Juez o la mayoría que resuelve [...]». Tal como se advierte de las normas reproducidas, la sentencia debe ser suscripta por el juez que la pronuncia, ya sea en forma digital o

electrónica, requisito que se ha verificado en autos en tanto la Jueza Dra. Miriam Moltó ha suscripto cada una de las fojas que componen la sentencia y sus fundamentos.

La firma de la sentencia por parte del Secretario no es exigida por nuestro ordenamiento procesal. Sin perjuicio de ello, en la presente causa a f 225 y 236 el Secretario del Tribunal dejó constancia de que copias de la sentencia y sus fundamentos agregados al expediente eran fieles a los originales que se encontraban en el libro de protocolos de sentencias del Segundo Juzgado Correccional.

En similar sentido, el recurrente cuestiona que la primera etapa de la investigación penal preparatoria ha transcurrido sin que la fiscal interviniente haya suscripto el decreto avoque de f 26/27 vta. ni el acta de notificación. Como bien explica el señor Procurador General, los ayudantes fiscales que intervinieron en la primera etapa actuaron siguiendo instrucciones de la fiscal, quien, oportunamente, formuló y sostuvo acusación contra C.. La norma cuya vulneración invoca, el artículo 341 bis del CPP, en modo alguno contradice la actuación de la Ayudante Fiscal en relación con el avoque obrante a f 26/27 y vta.

También debe recordarse que este Tribunal ha sostenido en forma pacífica que las nulidades no constituyen un fin en sí mismo, sino que su función se orienta dentro de un proceso a proteger derechos y garantía. De este modo, un defecto formal patente en un acto procesal no es condición suficiente sino necesaria para declarar su nulidad. Además, debe demostrarse en qué modo ese incumplimiento contribuyó a la afectación de un derecho o garantía protegido por ella (conf. "Miranda Sosa", "Luna García", entre otros).

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al aplicar en materia de nulidades una pauta de interpretación restrictiva según la cual sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re "Acosta", A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000).

Por ello, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (Fallos 325:1404).

Aplicadas esas consideraciones al caso concreto, se advierte que la defensa sólo se limita a señalar las inobservancias de la ley ritual que advierte en el acto procesal impugnado. Sin embargo, no pone en tela de juicio la veracidad de la información contenida en él. Dicho en otras palabras, el recurrente no explica en qué modo la supuesta inobservancia de la ley ritual ha derivado en un perjuicio para el acusado, sea mediante la introducción de datos falsos en ella, sea mediante la no incorporación de información que debía haber sido incluido. En base a lo dicho, como primera conclusión debe señalarse que no corresponde hacer lugar a las nulidades planteada

b) Vicios in procedendo

En relación a los vicios de procedimiento, considero que las críticas esgrimidas por el censurante no rebaten debidamente, en forma concreta y razonada, la posición adoptada en la resolución impugnada que, conforme a los argumentos en los que se sustenta, es plenamente compartida en esta instancia. La queja puede sintetizarse del siguiente modo: M. C., es inimputable a los términos del art. 34 inc. 1 del C.P. por padecer trastorno bipolar, fue condenado con una única prueba -el testimonio contradictorio de la víctima A. C. S.-, y no se habría demostrado su imputabilidad en el momento del hecho, ni tampoco su presencia en el lugar del suceso. Es importante tener en cuenta que el caso en análisis está enmarcado dentro de la problemática de la violencia de género, lo que queda suficientemente acreditado a partir del informe de valoración de riesgo incorporado a f 23/25 y que fue considerado en la sentencia. El análisis en este voto, en consecuencia, debe ser atravesado por la consideración de estas circunstancias. Por eso,

en primer lugar corresponde rechazar la afirmación del recurrente según la cual la sentencia se basa en una defensa acérrima al sexo femenino a partir de la ley 26.485.

Estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

En este sentido, debo mencionar que en el precedente «Ruiz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

Los contextos de violencia de género derivan en delitos en los que deben probarse sucesos que generalmente transcurren en circunstancias en las que solamente se encuentran presentes la víctima y el agresor. Por este motivo, los testimonios de las personas directamente involucradas en un conflicto enmarcado en “violencia de género” adquieren una importancia fundamental a efectos de determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el hecho; y la perspectiva de género debe guiar al juzgador al resolver estas situaciones.

Esta perspectiva de análisis permite aclarar múltiples puntos de la sentencia objetados por la defensa. Por una parte, explica cómo la jueza tuvo por acreditados los hechos denunciados por la víctima y por qué las supuestas contradicciones que destaca la defensa -en relación con su conocimiento previo de la existencia del arma y el color del auto-, constituyen argumentos forzados, que fueron aclarados por la víctima.

La jueza sostuvo que su declaración fue coherente a lo largo del proceso en lo sustancial, y que las pretendidas contradicciones en cuanto al color del auto fueron aclaradas por la denunciante, que sostuvo que cuando dijo “marrón” se refería al color del arma y no del auto, vehículo que conocía a la perfección dado que incluso había estado guardado en su casa en diferentes ocasiones (v. fundamentos, f 232).

Esta justificación de la sentencia no es infundada como pretende la defensa, sino que se basó en la declaración de la víctima y en las circunstancias del caso analizadas, como se dijo, bajo una perspectiva de género. Por otra parte, esta óptica de análisis también apoya la posición de la jueza respecto de la confusión horaria entre la víctima y el testigo S., objeto de agravio por parte de la defensa. Contrariamente a lo sostenido por el recurrente, la jueza aclaró suficientemente cómo la declaración de la víctima y la de

S. pueden ser explicadas a partir de impresiones en sus percepciones del tiempo: «S. sostuvo que él salió de trabajar a las 20:30 entre que compró y llegó al domicilio del imputado habrán sido las 21 horas, y luego de un pequeño intercambio social se habrá retirado a las 22 horas, período durante el cual C. se veía pausado, lento, medicado.

Respecto de los horarios indicados por este testigo, ciertamente aparece como imposible que en el breve lapso de una hora y media (desde las 20:30 hasta las 22:00hs) haya el testigo podido salir de su trabajo, dirigirse hasta el lugar en donde encargó y compró una pizza y una gaseosa, haya ido hasta el domicilio del encartado, cenado con el mismo, hubiera mantenido contacto social aunque sea breve, por lo que la suscripta entiende que existió en el testigo (a quien no puede atribuírsele sin más falacia en sus afirmaciones) un error de apreciación en cuanto al horario durante el cual realmente estuvo con C.». «La aparente superposición de horarios puede claramente explicarse a partir simplemente, de una mera imprecisión horaria en la que pudieron haber caído tanto la denunciante como este último testigo.

En relación a la denunciante, dicha imprecisión resulta justificada en razón de la violencia del evento sufrido. Recordemos que si bien al denunciar sostuvo que el hecho habría acaecido aproximadamente a las 21:30 horas, al declarar en Debate indicó que C. había llegado de día, que cuando se fue ya era de noche y habría demorado aproximadamente 40 minutos en llegar al lugar en el que reside, ello en atención a las llamadas telefónicas que su madre efectuó hasta ser atendida por el mismo.

Por otro lado, en consideración a las afirmaciones efectuadas por el testigo S. referidas a las actividades que efectuó luego de salir de su trabajo y hasta que llegó al domicilio del encartado, entiende la suscripta que, debe haber estado con el incuso más tarde de lo creído por el testigo, teniendo en cuenta el horario en el que dijo salió de trabajar y las actividades que manifestó haber realizado con anterioridad a su llegada al domicilio del incuso, más los traslados de un lugar a otro, de modo que C. perfectamente pudo cometer el hecho que aquí se investiga y luego regresar a su domicilio y reunirse con su amigo.

Esta conclusión adquiere fortaleza si tenemos en cuenta que el testigo Sechter sostuvo no sólo que C. se encontraba tranquilo evidenciando estar medicado, sino que al día siguiente lo llamó el Dr. M., defensor de C., preguntándole si la noche anterior había estado con él, lo que resulta seriamente sugestivo e indicativo del conocimiento del hecho que tuvo el citado profesional, recién acaecido el mismo, encontrándose ya avocado a conseguir una coartada. De ser falaz la denuncia efectuada ..., ni el encartado ni su defensa pudieron tener conocimiento de la misma sino hasta el allanamiento y detención ... con fecha 31 de agosto ...» (fundamentos, f 231 y vta.).

El fragmento de la sentencia citado permite advertir el modo en el que la jueza valoró las declaraciones del testigo S. y la víctima, meritó su contenido y explicó por qué las mismas permiten ser compatibilizadas entre sí una vez interpretadas a la luz de las circunstancias que rodean el caso y bajo una perspectiva de género.

Para la valoración de los elementos de prueba en supuestos de violencia de género, no debe dejar de considerarse la particular situación en que se encuentra la víctima a fin de evitar que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de actitudes o de la credibilidad de aquella durante el proceso penal para endilgarle una asunción tácita de responsabilidad por los hechos. El peligro de la adopción de tales posturas puede derivar en un procedimiento de valoración de la prueba marcado por nociones, afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (sobre la cuestión, CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007).

En otro orden, el agravio defensivo según el cual no se acreditó la presencia del arma en el momento del hecho no resiste el menor análisis. Tanto la declaración de la víctima sobre los dichos previos al hecho del imputado en los que aseguraba tener un arma; como la declaración de la víctima, reforzada por su énfasis en que con anterioridad había sufrido situaciones similares, pero que el hecho distintivo para denunciar - y que la atemorizó particularmente- fue la existencia del arma; y finalmente el allanamiento con resultado positivo que permitió su secuestro en la casa del imputado, constituyen elementos de convicción que acreditan la presencia del arma en el momento del hecho.

En relación con la imputabilidad de C. en el momento del hecho, debe señalarse que los agravios esgrimidos por la defensa no encuentran asidero en las constancias de auto. En resumen, la defensa afirma que el testimonio de la víctima describe al autor en el momento del hecho como presa de un ataque de psicosis; que no se acreditó que estuviera medicado en el momento del hecho y que las valoraciones al respecto son arbitrarias y contradictorias; que los exámenes psíquicos de cargo se contradicen con la pericia de parte y, en todo caso, no prueban su imputabilidad al momento del hecho, y que indebidamente se consideraron estas afirmaciones como estrategias gananciales de la defensa.

Ahora bien, el art. 34 inc. 1 del C.P. requiere, para su procedencia, que el imputado al momento del hecho, no haya podido comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. No se ha acreditado ninguna de esas circunstancias. El examen psíquico practicado a C. por la Dra. Hanna del C.M.F. (f 57) concluyó que el encartado «... 1- Es responsable de sus actos y de sus acciones, 2- Entiende anticipadamente las consecuencias de su accionar; 3- Es IMPUTABLE; 4- Puede declarar; 5- En el momento actual no se encuentra comprendido en las eximentes del art. 34, inc. 1° del C.P. ...». Ese informe se ve ratificado a f 194 por el Dr. G., perito de parte, quien informó al tribunal a quo que C. tenía autorización legítima para portar armas, lo que resultaba «de la mayor peligrosidad» por lo que sugirió tomar medidas de investigación y prevención sobre el arma de fuego, ya que la personalidad de C. no hacía aconsejable su tenencia.

El Dr. V., médico psiquiatra particular de C., sostuvo que los períodos o episodios de manía duran días, no horas y que si hubiera dejado de tomar la medicación por un período de dos o tres meses debió descompensarse (f 229 vta.). A ello debe agregarse que tampoco surge que C. haya dejado de tomar su medicación. Personalmente, en oportunidad de estar aprehendido, solicitó a su hermano le trajera la medicación que se encontraba en su domicilio (f 78).

Las defensas alegadas en esta instancia constituyen una reiteración de las formuladas en el debate y consideradas en la sentencia. Como se verá, la resolución se encuentra debidamente fundada al respecto, de forma que los argumentos defensivos no logran rebatir su motivación. La jueza de la instancia anterior no ha sostenido que C. no padezca una enfermedad mental crónica, sino que a partir de las pruebas técnicas y de su vinculación con el restante material probatorio ha determinado que ese padecimiento no le impedía comprender la criminalidad del acto ni dirigir sus acciones al momento del hecho, por lo que no se encontraba incluido en la causal de inimputabilidad prevista en el art. 34 inc. 1° del CPP.

De este modo, analizó el testimonio de la víctima -según el cual C. estaba como “loco”, que la convenció de que esperara mientras se acercó a su vehículo y que una vez allí sacó un arma y la amenazó- a la luz del contexto de género que rodea el hecho, los informes que explican cómo la psicosis puede generar ataques, pero que éstos duran días y no pocas horas y toman tiempo en compensarse totalmente, y el testimonio de S., con quien el imputado se habría reunido después del hecho y que lo vio normal, en un estado compatible con la medicación que toma.

En base a esas circunstancias, tuvo por acreditada la imputabilidad de C. en el momento del hecho, a pesar de padecer una enfermedad crónica. Las afirmaciones de la defensa contra este temperamento se fundan en conclusiones de razonamientos que toman como premisas afirmaciones no realizadas explícitamente por la jueza en su sentencia, sino inducidas por la defensa y que por tanto no pueden ser acogidas en esta instancia. La declaración de la víctima, también en este punto, es clave para comprender la mecánica del hecho y el estado subjetivo del imputado. En consonancia con lo señalado antes y a efectos de comprobar la credibilidad y eficacia probatoria de las declaraciones de la víctima, entiendo posible analizar la coherencia del relato, la contextualización de la declaración y la existencia de corroboraciones periférica. En este sentido, el relato de la víctima resulta pertinente, coherente y reviste entidad a efectos de la contradicción con el ofensor. En lo que hace a la contextualización de las declaraciones, la descripción de las circunstancias temporales y ambientales en que sucedieron los hechos, concuerdo con la a quo sobre el valor asignado, más allá de las pretendidas contradicciones expuestas por el recurrente. Según entiendo, estos matices en el testimonio de la víctima constituyen una consecuencia lógica de la situación vivenciada y no pueden ser elevados a la categoría de contradicciones centrales que hagan decaer su credibilidad. En este sentido, el testimonio de la víctima ha sido reforzado por los de los diversos profesionales que intervinieron y tuvieron contacto directo con ella desde el inicio del conflicto, que valoraron su exposición con herramientas coadyuvantes a la actuación judicial y realizaron los informes técnicos de evaluación del riesgo del conflicto existente entre la víctima y el agresor (ver f23/25; 117/118 y vta.).

La existencia de comprobaciones periféricas al relato de la víctima permite afirmar que la credibilidad de los relatos aparece extensa y prolijamente comprobada a través del contraste pormenorizado de sus diversas declaraciones con los restantes elementos probatorios de la causa, conforme a lo exigido por este Cuerpo en el sentido que «la valoración de la prueba no debe hacerse aisladamente, por tanto hay que examinar si las pruebas presentadas concuerdan verdaderamente entre sí, y, en caso de discrepancia, buscar la razón de la misma; resolver, cuando quepa, la contradicción; o, si es irreductible, elegir entre los datos contrarios» (L 473-171).

Así, la magistrada interviniente respecto a la versión del hecho brindada por la víctima, dijo: «... además de ser creíble no sólo no aparece desvirtuada por ninguna otra versión que niegue el hecho y acaecimiento, sino que también, tal y como se desarrollara ut supra, ha encontrado respaldo probatorio en la totalidad de los elementos de prueba y testimonios incorporados al proceso, razón por la cual no puede sino concluirse en que es el real relato de los hechos, que fueron protagonizados por el imputado quien obró con intención directa de atemorizar a la denunciante, logrando su fin» (f 233).

Por último, corresponde señalar -en respuesta a los agravios relativos a la pretendida ganancialidad de la víctima- que el hecho de que la víctima tuviera un proceso abierto donde la contraparte era el imputado y aún la posibilidad -no explicada por la defensa- de que pudiera beneficiarse en él con la denuncia de autos, no resulta suficiente para contradecir el material probatorio que acredita el hecho y el contexto de violencia de género en que éste ocurrió. El hecho de que el tribunal de sentencia ponderase la prueba en su conjunto de modo tal que asignara a cada elemento -tanto de cargo como de descargo- parte en un todo en el que se precisaron las múltiples relaciones existentes, permite afirmar que sus conclusiones resultan producto de una síntesis razonada y debidamente fundada, por lo que corresponde rechazar el agravio de falta de fundamentación.

Por ello, entiendo ha quedado objetivamente demostrada la credibilidad del relato de la víctima, que aparece extensa y prolijamente comprobada a través del contraste pormenorizado de las diversas

expresiones con los restantes elementos probatorios que componen la totalidad del plexo probatorio de estos obrado

c) Vicios in iudicando

La defensa técnica de C., en oportunidad de interponer el recurso, también requiere que se deje sin efecto la orden de decomiso del arma secuestrada por entender que se afecta el derecho de propiedad del imputado. Solicita que se nombre depositario judicial a R. M., o se realicen trámites de inscripción a su nombre en el RENAR.

Al respecto, considero que atento al resultado de los puntos anteriores que determinan la confirmación de la plataforma fáctica, deviene improcedente la petición por cuanto el hecho por el que fue condenado M. C. B. fue cometido con el arma en cuestión. Lo mismo corresponde señalar en relación a las consideraciones relativas al art. 34 inc. 1 del CP.

En definitiva, de lo expuesto surge que el Tribunal de Juicio, en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades ni parcialidad y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo. Conforme lo expuesto entiendo que debe rechazarse el recurso interpuesto y confirmar la sentencia impugnada en su totalidad.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Puesto a resolver el recurso de casación venido a resolución de este Tribunal, adhiero a la solución propuesta por mi distinguido colega preopinante y me remito –en honor a la brevedad– en lo pertinente para la solución del presente caso, a lo que oportunamente señalara en mis consideraciones en el precedente "Ruiz Gutiérrez".

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a f 238/247 por la defensa técnica de M. C. B. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de N° 6.313 dictada por el entonces Segundo Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva formulada.

4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.-

11- AVILA MUÑOZ. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	M	M	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-1° -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAMC.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo, 92 en función del art. 89 del CP. Ley 26.485; Convención Belem Do Pará. CEDAW. Art. 474 incs. 1° y 2° CPP.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Lesiones leves agravadas por el vínculo. Concurso real. Violencia de género. Valoración probatoria con perspectiva de género.

Summa:

La **Excma. Primera Cámara del Crimen de la 1° Circ. Judicial (hoy TPC)** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses** de prisión con los beneficios de su ejecución condicional y pago de costas por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45) del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis segundo párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación contra la sentencia y sus fundamentos, fundando los agravios en el art. 474 incs. 1° y 2° del CPP. Considera que se debe declarar la nulidad de la sentencia porque no se han observado las reglas de la sana crítica racional al dar por acreditado el hecho, con el grado de certeza requerido, cuando la prueba valorada al respecto resulta insuficiente para llegar a tal estado de convicción. Asimismo, se agravia por la errónea aplicación del art. 149 bis segundo párrafo del Código Penal, al entender que el hecho que se ha tenido por acreditado en la sentencia no encuadra en tal figura delictiva, es decir no es una coacción.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7771, pronunciada por la **Excma. Primera Cámara Criminal- 1° CJ.**

Precedentes citados

a-SCJM

- García Antón
- Ortubia Brizuela
- Geroli Pérez
- Mamaní Navarro
- Teves Lucero
- Merlo Lassa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ontiveros Arancibia 22-05-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180522_FcOAJ.pdf

b-CIDH

- Caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México” 30-08-10:
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fernandezortega.pdf>
- Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”. 31-08-10
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/fichas/rosendocantu.pdf>

Precedentes relacionados

- Galdeano Reyes 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf

- Baina Madril. 16-05-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220516_FcBMA.pdf
- Cruz Caporiccio. 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcVTL.pdf
- Quiroga Morales. 10-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcQML.pdf

Parágrafos destacados

“Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos”.

“Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba -caso de autos- no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer”. (Voto Dr. Valerio).

“Considero oportuno destacar la importancia de la determinación de responsabilidades penales respecto de hechos que han tenido lugar en un contexto de violencia de género. Ello así, en función de los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional a la que los operadores del derecho debemos adaptarnos a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de dar la efectiva protección a los derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género”. (Voto Dr. Adaro).

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(G.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-04190448-2/1((010501-26847)) FISCAL C/A. M. C. A. P/ COACCIONES EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VINCULO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN (26847) *104257138*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04190448-2/1, caratulada “F. C/ Á. M., C. A. P/ COACCIONES EN CONCURSO REAL CON LESIONES LEVES AGRAVADAS POR EL VINCULO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de C. A. Á. M. interpone recurso de casación (fs. 267/271 vta.) contra la Sentencia N° 7.771 (fs. 210/211) y sus fundamentos (fs. 219/254 vta.), mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de dos años y seis meses de prisión con los beneficios de su ejecución condicional y pago de costas por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45) del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis segundo párrafo del Código Penal) en la causa N° P-26.847/11.

El pronunciamiento fue dictado por la entonces Primera Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por probado, en lo que aquí interesa, que «siendo el 31 de marzo del año 2011, aproximadamente a las 21:30 horas, en circunstancias en que la señora C. C. R. se encontraba en la vereda de su domicilio, sito en calle, Mendoza, momentos en que llegó al lugar C. A. Á. M., con quien la señora R. se encontraba separada de hecho y comenzaron a discutir. Inmediatamente después C. Á. le pegó una cachetada en la cara, la tomó de las manos y la “zamarreó”, lesionándola, mientras le manifestaba: “Si vos me separás de mi hijo dos minutos, yo te mato donde te encuentre”».

Para así decidir valoró, entre los elementos más importantes: la declaración del imputado C. A. Á. M.; las declaraciones testimoniales de C. C. R., de J. E. R. y de S. LI.; el informe médico de Sanidad Policial de C. R.; el examen psíquico de C.R. realizado por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario a solicitud del Primer Juzgado de Familia; el examen psicológico y psiquiátrico del imputado Á. M. realizado en sede del Juzgado de Familia en el expediente 1550/11/7F; el expediente P-14.890/11 referido al abuso sexual sufrido por la hija de C. R. por parte del padrastro del imputado C. Á. M.; el expediente P-26.838/11 referido a las amenazas coactivas agravadas por el uso de arma sufrido por C. Á. M. por parte de C. R., en el que se dictó su sobreseimiento; y el expediente 1550/11/7F del Séptimo Juzgado de Familia.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la impugnación de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

Así, propone los siguientes cuestionamientos.

A) Vicio in procedendo

Considera que se debe declarar la nulidad de la sentencia porque no se han observado las reglas de la sana crítica racional al dar por acreditado el hecho, con el grado de certeza requerido, cuando la prueba valorada al respecto resulta insuficiente para llegar a tal estado de convicción.

Sostiene que el a quo, con respecto a la supuesta amenaza coactiva que C. Á. le había manifestado a su ex pareja (“si vos me separás de mi hijo dos minutos, yo te mato donde te encuentre”), se apoya únicamente en los dichos de la denunciante, ya que ningún testigo dice haber escuchado esos dichos.

Indica que lo que ha motivado la condena de Á. es la supuesta afirmación de tales palabras intimidantes y no las restantes situaciones conflictivas que se probaron respecto a lo ocurrido esa noche o la personalidad violenta del acusado.

En efecto, considera que tales antecedentes pueden ser indicios, tanto de la coacción, como de una eventual amenaza simple, de manera que no pueden utilizarse como prueba que refuerce los dichos de R.. Sostiene que el imputado Á. negó terminantemente el hecho.

Agrega que si bien la indagatoria no es técnicamente una prueba sino un medio de defensa, en este caso, en el que la prueba exclusiva de la condena es la declaración de la denunciante, considera que el descargo del imputado resulta también un elemento probatorio a tener en cuenta.

Expresa que dos son los testigos que escucharon la discusión que mantuvieron esa noche la víctima y el imputado. Luego, hace referencia a que uno de los testigo fue Ll., quien no concurrió al debate por haber fallecido. Señala que aquél, tal como lo refiere el a quo, escuchó tres amenazas en la ocasión: en la primera Á. habría dicho «donde te encuentre te voy a matar», en la segunda «abrime hija de puta te voy a matar», y en la tercera «hija de puta te voy a matar».

El otro testigo fue el padre de la denunciante, quien declaró haber estado en su taller mientras su hija y Á. discutían, motivo por el cual le pidió a su hijo que saliera a la vereda, y éste le manifestó que «Á. ya se había ido, que estaba todo bien».

Considera que estas pruebas permiten asegurar que los testigos presenciales no escucharon la amenaza coactiva, sino que escucharon amenazas simples y discusiones.

Aduce que la afirmación de certeza sobre la amenaza coactiva denunciada, que el imputado niega y que los testigos presenciales no oyeron, resulta un acto de arbitrariedad por parte del a quo que vicia la sentencia.

Entiende que los dichos de la denunciante pueden haber dado lugar a la imputación, e incluso a la elevación de la causa a juicio, pero la falta de mayores pruebas sobre el punto y especialmente la acreditada conflictividad de la relación entre los involucrados, debería haber impedido dictar un fallo condenatorio.

B) Vicios in iudicando

El recurrente se agravia por la errónea aplicación del art. 149 bis segundo párrafo del Código Penal, al entender que el hecho que se ha tenido por acreditado en la sentencia no encuadra en tal figura delictiva, es decir no es una coacción.

En primer lugar, sostiene que el imputado Á. no buscó imponer ninguna acción u omisión, no pretendió coartar la libertad de la víctima R., no pretendió manipular sus decisiones, sino que pretendió manifestar lo terrible que sería para él estar separado de su hijo por el conflicto con la denunciante.

Asimismo, indica que la frase expresada por Á. a R. puede ser típica del delito de amenazas simples, pero no de coacciones, porque no tuvo por fin compelerla a actuar de determinada manera, y porque sólo se

trató de un anuncio de un mal en un conflicto familiar que no tiene virtualidad para vulnerar o condicionar la libertad personal de la denunciante.

En segundo lugar, sostiene que la posibilidad que Á. tiene de ver a su hijo no depende de su ex pareja, sino de la justicia, por lo que considera que más allá de la influencia que el actuar de R. pueda tener en el asunto, advierte que la separación padre-hijo escapa a la decisión de aquella porque es decisión de un órgano público. Por lo que entiende que ese razonamiento es importante porque la amenaza no está condicionada a un hacer o no hacer de R., sino a la decisión de terceros (jueces o fiscales).

Además, estima que debe valorarse que el contexto y el momento en el que fue pronunciada tal frase permiten poner en duda la seriedad de las palabras referidas, atento a que Á. lleva separado de su hijo seis años y no agredió a R..

En síntesis, el recurrente solicita, si se hiciera lugar al motivo sustancial, que se case la sentencia y aplique correctamente la ley sustantiva, revocando la condena impuesta a C. Á. por no encuadrar en el tipo penal previsto en el art. 149 bis segundo párrafo del CP, absolviendo luego al imputado por haber ocurrido la prescripción de la acción penal, correspondiente al delito en el que sí podría encuadrarse las palabras que se dan por acreditadas en la sentencia, esto es, el delito de amenazas simples.

Asimismo, estima que si bien la ley dispone el procedimiento del “reenvío” para el caso, considera que se está frente a esos supuestos en los cuales cuestiones de economía procesal autorizan a resolver sobre el fondo del asunto, reconociendo que la falta de prueba sobre las amenazas coactivas denunciadas permiten considerar la existencia de amenazas simples cuya acción penal se ha extinguido por prescripción. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que las críticas efectuadas a la sentencia son infundadas. Cita como apoyo de su postura el **fallo “García Antón”**. En cuanto a la credibilidad de la víctima, sostiene que rige la reserva del principio de inmediación. Cita al respecto el **fallo “Ortubia Brizuela”**.

Estima que la defensa tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios cargos para establecer una duda de la autoría del imputado; elementos que según su entender han sido tratados en forma conjunta por el tribunal a quo, en tanto su separación aprovecha a la posición del cuestionamiento de los mismos. Cita sobre lo sostenido el **fallo “Geroli Perez”**.

Por último, considera haber demostrado la inexistencia de arbitrariedad y que la valoración de las pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional en la sentencia.

Agrega que no existe aplicación errónea de la ley sustantiva, por lo que corresponde rechazar el recurso de casación articulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio Preopinante

Para comenzar entiendo oportuno destacar, tal como me he expedido con anterioridad (**Merlo Lassa**), y a modo de aclaración preliminar, cabe referir que el análisis integral de todos los elementos existentes, permiten comprobar sin hesitación alguna, que el caso de autos configura un claro supuesto de violencia de género.

Así, la relación entre el acusado y su pareja presenta matices que permiten advertir una relación desigual de poder entre ambos, desenvolviéndose desde un tiempo a esta parte a partir de una vinculación signada por relaciones de subordinación y sometimiento de esta última en relación al primero, por lo que acierta el sentenciante en cuanto analiza los hechos que constituyen la plataforma fáctica intimada, desde este análisis contextual, tal como acontecía en el precedente mencionado.

En esa oportunidad, en términos enteramente aplicables al presente, dije que «... el reconocimiento de este tipo de relación disfuncional entre víctima y victimario, conlleva la necesidad que el análisis del plexo probatorio reunido deba serlo teniendo en cuenta los diversos instrumentos internacionales vigentes en la materia, particularmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Belem Do Pará”, y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”; así como también, entre otras, las normas contenidas en la Ley N° 26.485 destinada a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres».

«Según entiendo, no es posible concebir un derecho penal moderno que no contemple, reconozca y tutele de manera efectiva, los derechos y garantías no sólo de las partes de un proceso penal, sino especialmente de quienes han resultado víctimas de comportamientos delictivos.

Caso especial se presenta en la violencia de género, supuesto en que la tarea de revisión sobre la valoración de la prueba -caso de autos- no puede prescindir de otorgar singular relevancia al testimonio de la mujer».

«En esta perspectiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido jurisprudencialmente que la declaración de las víctimas en casos de violencia, constituye un elemento probatorio fundamental en esta especie de procesos (**v. Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros. Vs. México”**, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C No. 216, cf. párr. 100 y 89 respectivamente)».

«El valor de esta clase de testimonios frente a ilícitos como el que se investiga resulta incuestionable, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores». «Si bien en autos se cuenta con otras probanzas, estimo conveniente resaltar que dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho (**Corte IDH, Caso Rosenco Cantú vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

Ello por cuanto se trata de modos particulares de ejecución delictiva, que se cometen al amparo de la privacidad». «Con lo cual, cada una de sus expresiones deben ser valoradas con el mayor rigor crítico posible, tratando de desentrañar el mérito de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias probatorias de la causa ...», lo que en la especie ha ocurrido, motivo por el que, adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado. En efecto, comparto las conclusiones a las que llega el tribunal a quo en sus fundamentos.

Comenzaré el análisis de los vicios in procedendo y luego de los vicios in iudicando alegados por la defensa. Respecto al agravio referido a que la supuesta amenaza coactiva se apoyó únicamente en los dichos de la denunciante, considero que la sentencia toma como pilar probatorio fundamental, para determinar las circunstancias modales en que se desarrollaron los hechos cuestionados, el testimonio de la víctima.

Esta actitud de la juzgadora es plenamente justificada, atento a que como manifesté anteriormente, se trata de ilícitos que generalmente tienen lugar en ámbitos de privacidad, alejados de la presencia de terceras personas, por lo tanto genera la imposibilidad de contar con versiones distintas a las aportadas por la víctima y victimario.

De esta manera, la comprobación de los dichos de la víctima se logrará a partir de una valoración integral de la prueba.

En efecto, resulta un claro elemento objetivo de corroboración periférica del testimonio de la denunciante su exámen psíquico ordenado por el Primer Juzgado de Familia en los autos N° 446/11/1F, del que surge que su relato es similar a lo relatado en la audiencia de debate, habiendo comentado las amenazas de muerte a su persona y las agresiones físicas durante la convivencia con Á..

En efecto, los profesionales concluyeron que C. R. tenía sentimientos de miedo frente a los comportamientos desajustados de su esposo, y que de su relato se advertían sentimientos de angustia, llanto espontáneo, impotencia, desilusión y tensión interna. Indicaron que el relato era espontáneo, no es estructurado y sin contradicciones, enumerando detalles que dan cuenta de la relación disfuncional existente en el seno familiar.

Asimismo dejaron constancia que la entrevista presentaba indicadores emocionales y conductuales compatibles con violencia en el seno familiar, por lo que debía continuar con un tratamiento psicológico. Debe destacarse además que, como consecuencia del informe, el 5 de abril del año 2011, se ordenó la prohibición de acceso y acercamiento de Á. M. al domicilio de C. R. y a cualquier otro sitio al que habitualmente concurriera.

También resultó fundamental en la ponderación de la sentenciante, el examen psicológico y psiquiátrico que se le realizó a Á. M. en el Juzgado de Familia en el expediente N° 1550/11/7F, agregado a fs. 41/47, en el que la sentenciante hizo referencia en los fundamentos a fs. 248 vta.: «... Á. posee rasgos de personalidad de conducta rígida, de características moderadamente dominantes, obsesiva, escasamente empáticas, con muy limitadas capacidades de permeabilidad ante sugerencias provenientes del exterior (...), indicando además, que el entrevistado ha realizado tratamiento psicológico el cual finalizó en el mes de marzo del corriente año -2012- no obstante, se considera que requiere un abordaje psicoterapéutico de características sistémicas que optimice los recursos propios y empáticos a los fines de la revinculación afectiva y efectiva con su hijo.

En tanto [...] en evaluación psicológica, los peritos concluyeron en relación a sus rasgos de personalidad, indicando, además, las técnicas utilizadas, que al momento de ser evaluado, existen características compatibles con funcionamiento impulsivo y violento; impulsividad, falta de autocritica, baja tolerancia a la frustración. En ocasiones de estrés, impotencia, puede reaccionar impulsiva y explosivamente (...) deficitario manejo del estrés, rol dominante en las relaciones que establece, rigidez, defensividad, dificultad para tomar contacto con sus aspectos internos conflictivos. Sostiene una percepción rígida de la realidad, con minimización cognitiva sobre las consecuencias de su conducta y maximización perceptual de los estímulos que la provocan».

A su vez, el tribunal de sentencia analizó en forma razonada la declaración de Á. M.. Así sostuvo que si los dichos proferidos a R. sólo se hubiesen realizados en el marco de una discusión, como afirmó el imputado, C. R. no hubiese actuado como lo hizo, presentándose inmediatamente al Juzgado de Familia a los efectos de tramitar la medida de prohibición de acercamiento.

Asimismo la sentenciante, en razonamiento que comparto, afirmó que, en el **contexto de violencia intrafamiliar preexistente** y concomitante a los hechos, las amenazas proferidas por el imputado hacia la víctima y en el marco de las circunstancias fácticas acreditadas, no hizo desaparecer el aspecto subjetivo del tipo penal.

Más aún, como ocurrió en autos, simultáneamente a esas palabras amenazantes, C. R. fue agredida físicamente por el encartado, manifestándole éste palabras idóneas para provocarle alarma y temor, influyendo en su ámbito de autodeterminación personal.

En efecto, entiendo que la decisión de la sentenciante se presenta como razonable en base a la prueba incorporada al debate, la que fuera objeto de una valoración ajustada a las reglas de la sana crítica.

No se advierten así arbitrariedades en la resolución en crisis, ni tampoco un déficit de motivación, ya que aparece claramente expuesto el silogismo deductivo para acreditar el hecho y la intervención del acusado en el mismo.

De esta manera, del tenor del escrito recursivo surge que, bajo la apariencia de pretendidos vicios en la motivación de la sentencia, la censura aparece basada en afirmaciones propias, y en razonamientos sobre la selección y valoración de algunos elementos probatorios de la causa desde el criterio personal del recurrente, propio de la posición procesal asumida.

Por todo lo expuesto, el vicio formal alegado por la defensa debe ser rechazado.

Respecto al agravio sustancial, estimo que no le asiste razón al recurrente, en tanto pretende una distinta aplicación de la ley sustantiva a través de la modificación de la plataforma fáctica fijada en la sentencia que el tribunal sentenciante ha tenido por acreditado mediante la valoración del mérito probatorio.

Considero adecuada la calificación jurídica en la que el tribunal sentenciante encuadró los hechos endilgados al imputado Á. M., esto es amenazas coactivas, en tanto éstas fueron proferidas con la finalidad de obligar a su pareja, en plena crisis de separación del matrimonio, con violencias verbales y físicas preexistentes, a que no lo separara de su hijo menor de edad pues, de lo contrario, iba a matarla donde la encontrara. C. R. concibió a esa promesa de matar perfectamente posible.

Así lo indicó en el debate haciendo referencia a que existían anteriormente violentos desbordes verbales y físicos por parte de A. M.. Ello fue corroborado, luego, mediante las pericias realizadas por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario Sector Salud Mental, en el expediente N° 1550/11/7F, traído “ad effectum videndi et probandi”, en el que se señala sus rasgos de personalidad. Por todo lo expuesto, y oído el señor Procurador General, no corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de C. A. Á. M.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, al voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Considero oportuno destacar la importancia de la determinación de responsabilidades penales respecto de hechos que han tenido lugar en un contexto de violencia de género.

Ello así, en función de los lineamientos impartidos por la normativa supranacional y nacional a la que los operadores del derecho debemos adaptarnos a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos y con el propósito último de dar la efectiva protección a los derechos fundamentales de las personas con el necesario enfoque de género.

Conforme he señalado en pronunciamientos anteriores (**“Mamaní Navarro”, “Teves Lucero”, “Ontiveros Arancibia”**), la jurisprudencia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como así también a nivel nacional, ha construido paulatinamente las pautas o estándares en diversos órdenes - así por ejemplo, en la interpretación de la prueba en materia de género reflejando en su análisis una visión integral de la temática, con la especial consideración por la víctima.

Expresamente he referido que: «... no puedo dejar de soslayar que analizamos una **problemática compleja** que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas

derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los **patrones socioculturales y estereotipos** sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Por su parte, in re **“Ontiveros Arancibia”** sostuve que «[...]si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Sentado cuanto precede, entiendo que el Tribunal sentenciante interpretó en la presente causa de forma satisfactoria, de acuerdo a lo señalado, los estándares probatorios delineados tanto en el sistema interamericano como en el orden nacional, justificando a partir de todos los indicios recaudados en la investigación, y reproducidos en audiencia oral, la convicción acerca de que los hechos tuvieron lugar en un contexto de violencia de género. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Defensa de C. A. Á. M..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

12- GUALPA. 01-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-1°
VG	Par	M	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190801_FcGMF.pdf

Lex: Art. 149 bis, 2° párrafo CP; art. 412, 416 inc. 4° CPP y 486 CPP.

Vox: VG. Amenazas coactivas. Violencia de género. Valoración probatoria. Sana crítica racional. Vicios de fundamentación de la sentencia. Nulidad de la sentencia. Reenvío. Nuevo juicio.

Summa:

La Excma. **Primera Cámara del Crimen de la 3° Circunscripción Judicial (hoy TPC)** condenó al señalado a la pena de **dos años de prisión**, de ejecución condicional, como autor del delito de amenazas coactivas (arts. 149 bis, segundo párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 1° y 2° del CPP. Entre los vicios formales, la recurrente se agravia por considerar que la sentenciante ha incurrido en una errónea valoración de la prueba. En cuanto a los vicios sustantivos, la impugnante discrepa con la calificación jurídica del hecho.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, en tanto la sentencia se encuentra debidamente fundada y no advierte que la motivación sea ilógica o arbitraria.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación promovido por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4306, pronunciada por la Excma. Primera Cámara del Crimen (hoy TPC) -3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Sama Villalobos 25-06-84: L.S. 183-188.
- González Martín 22-03-88: L.S. 202-001.
- Alvarado Funes 09-12-96: L.S. 269-234.

b-CSJN

- 305:1602

Precedentes relacionados

- Alvarez Vega. 07-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200707_FcAVM.pdf
- Reale Comba. 17-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf
- Quipildor. 29-09-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/220929_FcQBF.pdf
- Narvárez Videla. 23-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf
- Bastías. 08-02-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210208_FcBBG.pdf
- Donoso Aguilera. 01-03-21: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210301_FcDAD.pdf
- Maio Graña. 05-12-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221205_FcMGP.pdf

Parágrafos destacados

“Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que «[s]i el recurrente aportó documentación probatoria [...], la que no fue valorada por el a quo pese a que su análisis podría resultar

conducente para la eficaz solución del caso, el pronunciamiento recurrido se alcanzó con omisión de elementos de prueba incorporados a la causa y que se vinculan estrechamente con lo que ha sido materia de decisión que lo descalifican como acto judicial en los términos de la doctrina de la arbitrariedad» (Fallos: 305:1602)”.

“Es que, si bien en los casos de violencia de género, los elementos de prueba incorporados al proceso deben ser analizados desde esa perspectiva -esto es, considerando la desigualdad entre víctima y victimario, valorando la declaración de la primera desde la posible existencia de una relación asimétrica de poder, evitando generar una revictimización en ella y sin alusión a estereotipos discriminatorios, entre otros aspectos-, ello no exime al juzgador de su obligación de ponderar la totalidad de la prueba incorporada, conforme a las reglas de la sana crítica racional”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Garay Cueli. Adaro (Licencia).

(G.R.)

Fallo:

CUIJ: 13-04277777-8/1((020501-46515)) FC/ G. M. F. P/ AMENAZAS COACTIVAS (46515) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104350159*

En Mendoza, el día primero de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04277777-8/1, caratulada "F. C/ G. C., M. F. P/ AMENAZAS COACTIVAS S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. DALMIRO F. GARAY CUELI, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa del imputado M. F. G. C. interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 4.306 agregada a fs. 246/247 y sus fundamentos, en cuanto condena al nombrado a la pena de dos años de prisión, de ejecución condicional, como autor del delito de amenazas coactivas (arts. 149 bis, segundo párrafo del Código Penal); pronunciamiento dictado en autos N° P-46.515/16 por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal sentenciante condenó al imputado con los alcances precedentemente señalados, por considerar acreditado el hecho que le fuera intimado oportunamente. Así, entendió probado que «[...] para fecha 01 de Mayo de 2.016 aproximadamente a las dieciocho horas en circunstancias en que la víctima M. L. G. V. llegó al domicilio sito en Calle ..., M. F. G. le expresó '... que hacés acá enferma de mierda, vos vas a ser mía siempre el día que vos me dejés a mi te pego un tiro a vos y a tu vieja, cuando nos separemos voy a estar con la mina que yo quiera y si te tengo que mandar un mensaje para tener relaciones vos me vas a tener que responder, tenés la marca mía en la espalda y cuando no estés más conmigo te voy a matar...' » (conforme requerimiento de citación a juicio de fs. 57/59).

Para así resolver, el Tribunal de juicio valoró las declaraciones testimoniales prestadas durante el debate, tales como la brindada por la víctima G. L. V. y la de los testigos ofrecidos por la defensa del imputado, R. F. F. y P. H. S.. Asimismo, se ponderó el informe psíquico elaborado por el Cuerpo Médico Forense y la declaración del imputado.

II.- Recurso de casación

La defensora del imputado aludido promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Entre los vicios formales, la recurrente se agravia por considerar que la sentenciante ha incurrido en una errónea valoración de la prueba. En ese orden, sostiene que el Tribunal ha interpretado que el testigo F. miente para favorecer a su amigo G., basándose en que sus dichos no coinciden con los de V., lo que fue tomado como contradicciones, sin mayores fundamentos.

Sostiene que el Tribunal nunca analizó la veracidad de los dichos de V., a pesar de que ésta padece esquizofrenia paranoide, alucinaciones por consumo de drogas y que se encuentra bajo tratamiento de

psicosis. Agrega que es violenta para sí y para su entorno y que existen pedidos de insania por parte del Hospital ..., lo que se encuentra acreditado en autos.

En esa línea, se agravia porque la jueza interviniente no ha explicado el motivo por el cual el testimonio de V. tiene más valor que el de su defendido. En cuanto a los vicios sustantivos, la impugnante sostiene que G. no amenazó a V. y que, por ende, ésta no le teme a G., ya que después del hecho investigado concurrió a la casa de su defendido y esperó nueve días para realizar la denuncia, no obstante encontrarse ubicado su domicilio frente a una dependencia policial. Asimismo, señaló que durante el proceso procuró mantener contacto con él.

En relación a la extracción de compulsas ordenada por el Tribunal en relación al testigo F., la defensa del imputado considera que corresponde su revocación, en tanto la sentenciante se basó para disponerla en la declaración de V. y en las supuestas contradicciones entre ésta y la de F., sin indicar cuáles fueron y omitiendo dar fundamentos jurídicos. En función de ello, solicita se anule la sentencia dictada en contra de su defendido.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado debe ser rechazado, en tanto la sentencia se encuentra debidamente fundada y no advierte que la motivación sea ilógica o arbitraria.

Considera que las declaraciones vertidas durante el debate fueron valoradas por el Tribunal en el marco de todo el plexo probatorio y no en forma aislada, como pretende la defensa. Sostiene además que la sentenciante sí tuvo en cuenta y evaluó los informes referidos al estado de salud de M. L. V. y que efectivamente el imputado la amenazó, denunciando ella el episodio, previo llamar a la línea 144 en busca de ayuda.

Asimismo, considera que el Tribunal explicó los motivos por los cuales consideró clara, precisa, circunstanciada y sin animosidad la declaración de la víctima, la que sumada a lo expresado en la pericia psiquiátrica y la falta de consistencia de lo manifestado por el imputado y los testigos de descargo, lo llevaron a la contestación afirmativa de los tres interrogantes contenidos en la primera cuestión.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se efectúe un nuevo juicio. Doy razones.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por la recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4) del C.P.P.

Así, entiendo que el tópico del presente recurso se circunscribe al cuestionamiento del fallo emitido por la entonces Primera Cámara del Crimen de la 3ra Circunscripción Judicial, basado en la consideración de que se ha efectuado una errónea valoración de la prueba incorporada, concretamente, del valor

convictivo asignado por la sentenciante a la declaración testimonial de M. L. V. Al respecto, entiendo que la resolución impugnada se encuentra viciada de arbitrariedad al haberse asignado al único elemento probatorio de cargo, esto es, la referida declaración de la víctima de autos, un valor determinado sin haber ponderado la integralidad de los elementos de prueba ofrecidos por las partes e incorporados al debate con la conformidad de ellas.

Tal como se desprende de los fundamentos en análisis, la jueza interviniente llegó a la conclusión condenatoria aquí recurrida luego de cotejar los dichos de la denunciante y víctima con las declaraciones de los dos testigos ofrecidos por la defensa que declararon en el debate y la efectuada por el propio G., en ejercicio de su defensa material, otorgándole plena credibilidad al relato de la primera con base en el informe psíquico de fs. 224 y «la falta de consistencia de lo expresado por el imputado y los testigos de descargo» (fundamentos, fs. 250).

Sin embargo, los elementos de prueba individualizados precedentemente no constituyen la totalidad del cuadro probatorio incorporado a la causa.

En efecto, conforme surge de las constancias de autos y más precisamente del acta de debate a fs. 244 vta., durante el debate oral y público se dispuso la incorporación de la prueba oportunamente ofrecida y producida por las partes, con la conformidad de éstas.

A partir de ese momento, cada uno de los elementos de prueba allí individualizados comenzaron a formar parte de la causa y, por lo tanto, correspondía que fueran ponderados individual y conjuntamente por el juzgador, a fin de asignarles un determinado valor o disvalor, de cargo o descargo, o bien descartarlos por no resultar pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

No obstante, advierto que en la presente causa, la sentenciante ha omitido considerar completamente algunos de los elementos probatorios allí consignados, tales como la escritura pública y constatación obrante a fs. 66/69, el informe médico de fs. 80/82 y la copia de historia clínica de M. L. V. remitida por Hospital... y agregada a fs. 88/210 de autos, de los que podrían haber surgido circunstancias dirimentes para la resolución de la causa.

Ciertamente, de los fundamentos en estudio no surge que la magistrada haya analizado en forma alguna las pruebas referidas precedentemente y, si bien sostiene que los dichos de la víctima son creíbles por ser su «declaración clara, precisa, circunstanciada y sin ningún tipo de animosidad, sumado a lo expresado por el Psiquiatra del Cuerpo Médico Forense a fs. 224», advierto que no los ha confrontado con la información que aporta su historia clínica, máxime cuando el examen psíquico practicado por el Cuerpo Médico Forense tampoco la ha tenido en cuenta, no obstante haberse efectuado este último en fecha 17/07/2017, es decir, con posterioridad al ofrecimiento de aquel instrumento de prueba por parte de la defensa del imputado.

Lo mismo cabe referir respecto del acta de constatación labrada por la escribana O. P. en la que se transcriben mensajes de texto recibidos por el imputado en su teléfono celular en fecha próxima a los hechos objeto del proceso.

En definitiva, la jueza a quo ha efectuado un **análisis fragmentario** de la prueba incorporada, al haber omitido considerar parte de ella. Dicho de otro modo, la sentenciante ha llegado a la solución que aquí se cuestiona sin efectuar una valoración integral y, mucho menos individual, de la totalidad de los elementos de prueba incorporados a la causa, tal como exige la legislación de forma para tener a una sentencia como válida.

Lo expresado precedentemente no implica descartar la existencia del hecho objeto del proceso y, mucho menos, desconocer que, de verificarse, éste pueda constituir un supuesto de violencia de género, pero

pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del C.P.P. Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que «[s]i el recurrente aportó documentación probatoria [...], la que no fue valorada por el a quo pese a que su análisis podría resultar conducente para la eficaz solución del caso, el pronunciamiento recurrido se alcanzó con omisión de elementos de prueba incorporados a la causa y que se vinculan estrechamente con lo que ha sido materia de decisión que lo descalifican como acto judicial en los términos de la doctrina de la arbitrariedad» **(Fallos: 305:1602)**.

Es que, si bien en los casos de violencia de género, los elementos de prueba incorporados al proceso deben ser analizados desde esa perspectiva -esto es, considerando la desigualdad entre víctima y victimario, valorando la declaración de la primera desde la posible existencia de una relación asimétrica de poder, evitando generar una revictimización en ella y sin alusión a estereotipos discriminatorios, entre otros aspectos-, ello no exime al juzgador de su obligación de ponderar la totalidad de la prueba incorporada, conforme a las reglas de la sana crítica racional.

En virtud de ello y advirtiendo que estos recaudos no han sido observados en la presente causa, considero que corresponde su reenvío a fin de que se emita un nuevo pronunciamiento bajo las pautas referidas. Atento a la solución que propicio y las consideraciones precedentes, no resulta necesario expedirme en relación al resto de los agravios esbozados por el recurrente.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Garay Cueli. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. DALMIRO F. GARAY CUELI adhiere, por los fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la Sentencia N° 4.306 y sus fundamentos, dictados por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-46.515/16.

En consecuencia, deberán remitirse los presentes a la OGAP de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, y se proceda a la realización de un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. DALMIRO F. GARAY CUELI adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales de la Dra. S. M., por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. DALMIRO F. GARAY CUELI adhiere al voto que antecede. Con lo que se dió por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa técnica de M. F. G. C. a fs. 255/262 de estas actuaciones.

2.- Anular el debate efectuado, la Sentencia N° 4.306 y sus fundamentos, dictados por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Tercera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-46.515/16.

3.- Remitir los presentes a la OGAP de la Tercera Circunscripción Judicial a fin de que siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, y se proceda a la realización de un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

4.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales de la Dra. S. M. por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 01 de agosto de 2019.-

13- MANSUR ZAPATA. 11-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	Par	-	-	-	-	-	A	-	-	CR	-	-	-	475 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcMZY.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 1° supuesto, 55 y 239 del CP. Art. 2, 205, 475 y 476 inc. 2 del CPP. Ley 26465. Convención Belem Do Pará.

Vox: VG. Amenazas simples. Desobediencia. Concurso real. Beneficio de la duda. Principio in dubio pro reo. Violencia de género. Nulidad de sentencia. Principio de libertad probatoria. Testimonio de la víctima.

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado de los delitos de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con desobediencia (arts. 149 bis primer párrafo primer supuesto, 55 y 239 del Código Penal) por el beneficio de la duda.

El apoderado de la **querellante particular**, interpone recurso de casación e inconstitucionalidad contra la Sentencia N° 537 y sus fundamentos.

El **Procurador General** considera que corresponde rechazar el recurso y convalidar la sentencia impugnada.

La **SCJM** resolvió desestimar el planteo de inconstitucionalidad formulado y hacer lugar al recurso de casación deducido por el querellante particular y, en consecuencia, anular la Sentencia N°537, remitiendo a OGAP para seguir trámite debido.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 537 (05-18-18), pronunciada por el JPC N° 1- 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Lassa. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=243>
- Ojeda Pérez. 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

Precedentes relacionados

- Cruz Caporiccio. 17-12-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=907>
- Vázquez Tumbarello. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=250>
- Zurita. 11-09-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=410>

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. (Licencia). Llorente.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-04383064-8/1((038501-53970)) F. C/ M. Z., Y. A. P/ DESOBEDIENCIA EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS (53970/16) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104461465*

En Mendoza, a los once días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04383064-8/1, caratulada “FC/M. Z. Y. P/DESOBEDIENCIA S/CASACION”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

El Dr. R. A. L., apoderado de la querellante particular, interpone recurso de casación e inconstitucionalidad (fs. 107/111) contra la Sentencia N° 537 obrante a fs. 104, de fecha 5 de junio de 2.018, y sus fundamentos incorporados en soporte digital, en tanto absuelve a Y. A. M. de los delitos de amenazas simples (dos hechos) en concurso real con desobediencia (arts. 149 bis primer párrafo primer supuesto, 55 y 239 del Código Penal) por el beneficio de la duda.

El pronunciamiento cuestionado fue dictado por Sala Unipersonal del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en autos N° P-53970/16. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

El acto sentencial puesto en crisis, en lo pertinente para la solución del recurso, absuelve a Y. A. M. Z. de los delitos que se le atribuyeron en autos N° P-53.970/16, desobediencia en concurso real con amenazas. En relación al delito de desobediencia señaló la jueza que el resultado de la sentencia obedeció a la aplicación del beneficio de la duda.

Consideró que de las constancias de la causa, y más específicamente de la prueba incorporada, no logró acreditarse con el grado de certeza requerido en esa instancia procesal que el hecho haya ocurrido tal como se expresa en la acusación.

Explica que la valoración de los elementos de prueba la circunscribía sólo en relación a aquellos que fueron legalmente incorporados al debate. Aclaró que el tribunal no podía incluir y ponderar pruebas que la acusación no propuso en el momento procesal oportuno; ello en referencia a expedientes que se solicitaron en calidad de ad effectum videndi originados a raíz de denuncias formuladas por la denunciante de autos contra el imputado.

Específicamente, y en relación al delito de desobediencia investigado en autos P53970/16, valoró que no se había efectuado el ofrecimiento de la **resolución emitida por el juzgado de familia**.

Señaló que la prueba ofrecida por la acusación estaba constituida por la copia simple –fotocopia– de un oficio expedido por el Tercer Juzgado de Familia y dirigido al Comisario de la seccional 19° de la Policía de Mendoza, solicitando la notificación de la orden de prohibición de acercamiento y, también por la copia fiel de una resolución de prórroga de la medida de prohibición de acercamiento, pero no se ofreció ni se obtuvo la resolución inicial emitida por el Tercer Juzgado de Familia.

Por otro lado tampoco consideró acreditado que se hubiera **notificado** tal medida al imputado por no existir en la causa constancia de tal circunstancia (ver registro de audio y video de la audiencia de fecha 5 de junio de 2.018 a partir del minuto 01:52).

Respecto del delito de **amenazas** endilgado en autos P-59370/16, la a quo consideró que la frase contenida en la acusación no resultaba amenazante puesto que no expresó la promesa de infringirle a C. V. un mal determinado y cierto. Al respecto consideró que la manifestación se trataba de un **exceso verbal** que no podía desprenderse del contexto en que fue dicho. Sobre ello entendió que las amenazas deben **trasuntar objetivamente un peligro real**, circunstancia que no ocurre cuando éstas se formulan al «calor» de una discusión (ver registro de audio y video de la audiencia de fecha 5 de junio de 2.018 a partir del minuto 20:45).

2.- Los recursos de casación e inconstitucionalidad promovidos

El querellante particular promueve recursos de casación e inconstitucionalidad contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial en tanto absuelve a Y. M..

Pretende se dicte un pronunciamiento que acoja los vicios que formula y revoque la sentencia a la que considera arbitraria, subjetiva y parcial.

También considera que el acto sentencial no respeta el principio de unidad probatoria y contraría el debido proceso y la defensa en juicio. Critica que la resolución ha omitido pronunciarse en el marco de la ley de violencia de género y ha desconocido la verdad real de los hechos.

Estima que en atención a la lógica, la experiencia, el sentido común y la imparcialidad corresponde aplicar la ley penal más benigna (según entiende la ley 26.485, de violencia de género) en favor de la víctima.

Señala que durante el juicio se ordenó la localización de causas originadas por denuncias radicadas por C.V. contra Y. M. y que en ellas la jueza constató la resolución en la que se dispuso la prohibición de acercamiento y la notificación al imputado. Sostiene que los vicios denunciados en el acto sentencial impugnado tornan a la resolución en inconstitucional.

Afirma que ha existido omisión de valoración de elementos de prueba y errónea ponderación de la prueba valorada –concretamente en relación al testigo ofrecido por su parte–, eventos que tornan a la sentencia en ilógica, irrazonable e incongruente. Considera que la ley de violencia de género impone una interpretación en favor de la víctima y no del imputado.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 82 se expide el Procurador General. Al examinar los agravios señala que el recurso casatorio procede formalmente, pero no resulta sustancialmente procedente.

Considera que la sentencia se encuentra fundada pues aporta las razones por las cuales no se obtuvo certeza necesaria para condenar al imputado. Estima que la jueza efectuó un detallado análisis de la prueba incorporada y que la mención relativa a su íntima convicción no la convierte en parcial como pretende el recurrente. Refiere que la a quo valoró las pruebas legalmente incorporadas al juicio, las que meritó en forma integral.

Señala así que las pruebas que pudieren surgir de otras causas iniciadas a raíz de denuncias efectuadas por V. no se encuentran incorporadas a la causa, por lo que no pueden desbaratar la presunción de inocencia del imputado.

Agrega, en relación al tenor de los dichos del acusado, que la sentenciante consideró que no encuadraban en la figura de amenazas por no advertir promesa de infligir un mal a la víctima.

Por otra parte considera que la magistrada señaló tener dudas sobre la presencia del testigo y por ello su valor convictivo resultó escaso.

En relación a la inconstitucionalidad planteada estima que, en atención a las deficiencias en la redacción de la presentación, no es posible admitirla formalmente y darle el debido tratamiento.

Por lo señalado, considera que corresponde rechazar el recurso y convalidar la sentencia impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso promovido y el acto sentencial puesto en crisis, entiendo que corresponde acoger la censura casatoria y anular la sentencia absolutoria en atención a los motivos que a continuación se exponen.

Recurso de inconstitucionalidad

De manera preliminar corresponde señalar que, si bien en el escrito recursivo se titula y menciona la interposición del recurso extraordinario de **inconstitucionalidad**, se advierte que tal recurso **no fue concedido por la a quo y tal decisión no fue objetada** por el recurrente.

Además no surge del contenido de la presentación la mención a normativa alguna ni se cuestiona la regularidad constitucional de una ley, decreto, reglamento o resolución aplicada en la sentencia y que controvierta a la Constitución Nacional o Provincial.

De tal manera, y ante la falta de concesión por el inferior y la falta de desarrollo de tal agravio, no resulta posible admitir ni expedirse en relación a tal planteo.

Recurso de casación

Dicho esto, entiendo que el **recurso casatorio** promovido resulta formalmente admisible toda vez que la resolución impugnada encuadra en las previsiones que el Código Procesal Penal establece como susceptible de ser recurrida por la vía escogida, y en tanto que el recurrente se halla legitimado para cuestionar la sentencia absolutoria en atención a las disposiciones de los arts. 475 y 476 inc. 2 del CPP.

Tal como anticipé diversos motivos me persuaden sobre la procedencia sustancial del recurso deducido en relación al delito de amenazas simples investigados en autos N° P53.970/16.

En la causa mencionada se investigó el siguiente hecho: «el día 23 de mayo del 2016 en oportunidad que C. E. V. se encontraba en calle ... de ... por subir a su vehículo su ex pareja Y. A. M, frenó la camioneta donde circulaba y le dijo quiero ver a mi hijo, incumpliendo deliberadamente la prohibición de acercamiento del sindicado a la víctima y a su domicilio, ordenada por el Tercer Juzgado de Familia de la Ciudad de Rivadavia en el marco de los autos 5848/15 caratulados “V. C. c/Y. M.” del Tercer Juzgado de Familia de Rivadavia para fecha 5 de febrero de 2016 y habiendo sido notificado para fecha 8 de febrero de 2016 al tiempo que le manifestó “mirame a los ojos, te has ganado un enemigo a partir del día de hoy”».

En relación al hecho que fue encuadrado como desobediencia, endilgado a Y. A. M. Z., la absolución obedeció al déficit probatorio advertido por la sentenciante en relación a los extremos de la imputación que, a su criterio, debían ser probados.

Refirió la jueza que su labor **no consistía en compensar la tarea de las partes** al momento de ofrecer las pruebas y que con los elementos legítimamente incorporados no resultaba posible acreditar la prohibición de acercamiento que habría pesado sobre el imputado; tampoco que de haber ésta existido le hubiese sido notificada, ni en qué fecha. Para así concluir la jueza examinó los elementos convictivos ofrecidos por las partes.

De tal manera, y en relación a la prueba de fs. 6 ofrecida por el representante del Ministerio Público Fiscal, la sentenciante le restó valor probatorio puesto que no se trataba de la resolución emitida por la jueza del Juzgado de Familia, sino de un **oficio** dirigido al Comisario de la Seccional solicitando la notificación a M. de una orden de prohibición.

Además ponderó que aquella prueba se trataba de una **copia simple (fotocopia) del oficio**. Valoró también la ausencia de constancias de la efectiva notificación de la medida al imputado.

Respecto del hecho calificado como amenazas consideró que, en atención a la frase que habría proferido el imputado «mirame a los ojos, te has ganado un enemigo a partir del día de hoy», la hipótesis acusatoria esgrimida por el representante del Ministerio Público Fiscal no implicaba la promesa de causar un mal cierto. Entendió la frase más bien como un exceso verbal producido en el marco del contexto que analizó, descartando la existencia objetiva de un peligro real, por cuanto las manifestaciones fueron formuladas **al calor de la ira**. Por otro lado valoró la declaración testimonial prestada por D. P. y explicó los motivos por los cuales consideró que sus dichos no lograban acreditar el delito de amenazas.

De la reseña efectuada advierto que la jueza omitió tomar en consideración, al momento de ponderar los elementos de prueba, la declaración testimonial de C. E. V. prestada en audiencia de debate, contrastándola con la denuncia que oportunamente formulara (fs. 1), también ofrecida como prueba (ver fs. 75), y con el resto de los elementos de convicción obrantes en la causa.

En efecto, de las constancias del registro audiovisual de la audiencia llevada a cabo en fecha 20 de abril de 2.018, surge que la testigo y denunciante en ocasión de declarar (a partir del minuto 25:47) formuló referencia a la prohibición de acercamiento dispuesta por el Juzgado de Familia, señalando inclusive que le pidió al imputado que se retirase por cuanto estaba quebrantando esa orden judicial (minuto 30:08) y, M. restó importancia a esa medida. Narró que en otra oportunidad (minutos 31:02) ya había formulado denuncia y que «había ido al calabozo» y desde ese lugar le envió una fotografía vía whatsapp. Finalmente (a partir del minuto 38.44 del registro audiovisual) V. brindó precisiones sobre los motivos que la inspiraron a solicitar la medida, la fecha en que la requirió (coincidente con la fecha del oficio obrante a fs. 6) y la prórroga de tal medida.

Considero que de haberse ponderado adecuadamente la testimonial de C. V. y analizado sus manifestaciones con las vertidas por ella misma al denunciar, como también con el resto de los elementos de prueba debidamente incorporados, las conclusiones a las que llegó la sentenciante se verían –posiblemente– modificadas. Ello en tanto entiendo que **la omisión de valoración ha resultado decisiva**.

Por otro lado y en relación a la deficiencia de elementos de convicción señalada por la jueza, considero que, en atención a las previsiones del art. 205 del CPP que consagra el **principio de libertad probatoria**, los dichos reiterados y concordantes de la testigo en relación a la existencia de la orden judicial y el conocimiento efectivo de la misma por parte del imputado, podrían haber razonablemente servido para acreditar –junto a las constancias de la causa ofrecidas como prueba (fs. 6)– los extremos de la imputación en relación al delito de desobediencia.

Así, de haberse ponderado las declaraciones de V. expidiéndose la sentenciante sobre el crédito positivo o negativo de sus dichos, podría haberse tenido por acreditado el hecho intimado. Por ello entiendo que tal omisión de valoración en cuanto al crédito de la testimonial de la víctima, de haberse incluido, podría llegar a variar el sentido de la resolución que se impugna, evento que habilita a declarar la nulidad del acto sentencial cuestionado y disponer el reenvío de la presente.

Valoración probatoria en materia de violencia de género

Ahora bien, en torno a las consideraciones relacionadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, es preciso que me remita a lo referido en los **precedentes «Merlo Lassa» y «Ojeda Pérez»**.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “**deber jurídico**” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento».

Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «[l]os organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional...los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP).

A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres **el testimonio de la víctima** ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la **igualdad de las mujeres** entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

Ahora bien, entiendo necesario señalar que no he dejado de notar falencias en la investigación llevada a cabo por el órgano acusador.

En relación al delito de amenazas que le fue atribuido a M. Z. no consistió, como refiere el avoque en que el imputado le dijera a C. V. «mirame a los ojos, te has ganado un enemigo a partir de hoy». Del contenido de la denuncia de fs. 1 vta. y de las constancias del registro audiovisual de la audiencia de debate (minuto 29:53) se desprende que el anuncio intimidatorio formulado por M. Z. a V. consistió en anunciarle que la mataría. De tal manera de haber advertido el titular del ministerio público fiscal como también el querellante particular, tal divergencia entre lo efectivamente anunciado y el hecho intimado, el delito enrostrado no hubiese merecido –tal vez– la calificación de «exceso verbal» por parte de la jueza.

No obstante y toda vez que también por ese hecho fue absuelto el imputado, y los acusadores –público y privado– no formularon crítica respecto al hecho así descripto y notificado al imputado, ni tampoco mereció queja en el recurso casatorio promovido, motivo por el cual no resulta posible para este Tribunal, expedirse al respecto.

Las consideraciones formuladas me llevan también a inclinarme por acoger el recurso interpuesto por la parte querellante particular y por ello contestar en forma positiva respecto de la primera cuestión planteada.

Por lo expuesto, y oído el señor Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso promovido. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento el resultado a que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación puesto que no se han observado en el acto sentencial las reglas de la sana crítica racional en relación a la valoración de elementos probatorios de valor decisivo –tal como la testimonial de C. V.– y, en consecuencia, anular la Sentencia N° 537 de fs. 104 y sus fundamentos incorporados en soporte digital, como también el debate llevado a cabo, sólo en relación al delito de desobediencia que se le atribuyó en autos P-53970/16 de la Tercera Circunscripción Judicial, y remitir la presente causa al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Desestimar el planteo de inconstitucionalidad formulado en atención a las consideraciones expuestas.
- 2.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por el querellante particular y, en consecuencia, anular la Sentencia N°537 de fs. 104 y sus fundamentos incorporados en soporte digital, como también el debate llevado a cabo, sólo en relación al delito de desobediencia que se le atribuyó en autos P-53970/16 de la Tercera Circunscripción Judicial, y remitir la presente causa al Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse haciendo uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de septiembre de 2019.-

14- MALDONADO MANSILLA. 04-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcMMJ.pdf

Lex: Art. 239, 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP. Art. 2 del CPP. Art. 416 inc. 4° del CPP. Ley 6730. Art. 474 inc. 2° del CPP. Ley 26485.

Vox: VG. Amenazas. Desobediencia. Nulidad. Perspectiva de género. Estándar probatorio. Vicios en la fundamentación de la sentencia. Beneficio de la duda. Principio in dubio pro reo. Violencia de género.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional absolvió** al señalado, J. O. M. M., del delito de desobediencia (art. 239 del C.P.) por el beneficio de la duda (art. 2 del C.P.P.), y del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto) por el art. 34 inc. 3° del C.P. en función con el art. 2 CPP.

El **MPF** interpone recurso de casación entiende que el sentenciante se apartó de la sana crítica racional en la elaboración de las conclusiones del dictum cuestionado, por lo cual la sentencia deviene ilógica, contradictoria y arbitraria.

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género y, en consecuencia, anula el debate, la sentencia y sus fundamentos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 6125, pronunciada por el Primer Juzgado Correccional-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Galdeano Reyes. 31-07-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=242>
- Ruiz Gutiérrez. 18-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=8>

b-CSJN

- «Leiva, María Cecilia»

c-CIDH

- Fernández Ortega y otro vs. México: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65739>
- Rosendo Cantú vs. México: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65741>
- Castro Castro vs. Perú: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/65150>

Parágrafos destacados

«Valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, el testimonio brindado por la víctima con prescindencia de una mirada integral de la problemática».

«Si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque».

«... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria

(aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno)».

«El referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio».

SCJM. Dres.: Adaro. Palermo. Valerio (Licencia).

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-04303125-7/1((011201-140103)) FC/ M. M. J. O. (140103) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104376868*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04303125-7/1, caratulada "F. C/ M. M., J. O. P/ DESOBEDIENCIA EN CONCURSO REAL CON AMENAZAS SIMPLES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género interpone recurso de casación (fs. 139/150) contra la Sentencia N° 6.125 (fs. 134) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a J. O. M. M. del delito de desobediencia (art. 239 del C.P.) por el beneficio de la duda (art. 2 del C.P.P.), y del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto) por el art. 34 inc. 3º del C.P. en función con el art. 2 CPP Mendoza, en la causa N° P- 140.103/17, pronunciamiento dictado por el Primer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO A. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El Primer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial, absolvió a J. O. M. M del delito de desobediencia (art. 239 del C.P.) por el beneficio de la duda (art. 2 del C.P.P.), y del delito de amenazas simples en contexto de violencia de género (art. 149 bis primer párrafo primer supuesto) por configurarse el supuesto previsto en el art. 34 inc. 3º del C.P. en función con el art. 2 CPP Mendoza.

Para decidir en tal sentido, el magistrado entendió, en relación al delito de amenazas, que no se encontraba probada –con el grado de certeza propio de una sentencia de condena– la existencia material del hecho atribuido al imputado, en tanto consideró que los dichos proferidos por M. M consistentes en que «tendría que ir a trabajar para alimentar a sus hijos» no revisten la entidad de un mal futuro. En cuanto al delito de desobediencia, entendió que en el caso se acreditó un estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3º del C.P.), ello por cuanto sostuvo que M. al recibir la noticia que su hijo estaba sufriendo una crisis de asma, se vio en la necesidad de llevarle el medicamento, previo intentar que su amigo P. T. lo llevara.

El sentenciante entendió que T. no accedió a tal pedido para no tener problemas con la denunciante, extremos que consideró acreditados y que el Ministerio Público Fiscal no pudo desacreditar. En el desarrollo de los fundamentos de la sentencia se explicita con mayor precisión la plataforma fáctica objeto de la acusación que se considera insuficientemente probada, de la cual surge que «el día 22 de setiembre de 2017, a las 12:30 hs., la víctima M.R. A., llegó a su domicilio situado en calle ..., y encontró a su ex marido J. O. M. M en el interior, el cual posee una prohibición de acercamiento dictada por el Octavo Juzgado de Familia en los autos N° 2403/12, que se encuentra vigente y notificada. Entre los mismos

comenzó una discusión, en la que M. se le acercaba en forma agresiva para golpearla e insultarla y le manifestó a la Sra. A. “sos una puta, te la voy a podrir, rebuscatela vos para darle de comer a tus hijos”». Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente valoró la versión de los hechos brindada por el imputado en oportunidad de ejercer su defensa material, los que consideró suficientemente corroborados con la declaración testimonial de Pedro Juan Torres.

II.- Recurso de casación

La Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme el inciso 2 del art. 474 CPP Mendoza, esto es, por adolecer el razonamiento desplegado de vicios in procedendo.

En este sentido, entiende que el sentenciante se apartó de la sana crítica racional en la elaboración de las conclusiones del dictum cuestionado, por lo cual entiende que la sentencia deviene ilógica, contradictoria y arbitraria. En razón de ello, impetra la nulidad de la sentencia y su consecuente reenvío, a tenor de las previsiones contempladas en el inc. 4 del art. 416 del C.P.P.

En primer orden, el recurrente se agravia del análisis realizado por el a quo en relación al delito de amenazas simples endilgado al imputado por su parte.

Al respecto, señala que el juez de sentencia para considerar la falta de idoneidad de la amenaza que le formuló el imputado a la víctima, sólo ponderó o consideró probada una parte de ella, la relativa a que iba a tener que trabajar para mantener a sus hijos, omitiendo toda consideración a lo central de los términos proferidos por el imputado, en tanto éste le manifestó a la víctima «sos una puta, te la voy a podrir».

Puntualiza al respecto, que el juez a quo no ha ponderado elementos de juicio relevantes en orden a acreditar los extremos de la imputación, tales como la circunstancia que la víctima formuló la denuncia apenas acaecido el hecho y que manifestó en todo momento el temor que le infundía la amenaza proferida por el imputado, lo que fue reiterado en oportunidad de declarar en la audiencia de debate, es decir, a lo largo de todo el proceso. Del mismo modo, la recurrente señala que el sentenciante **no ponderó los antecedentes de violencia contra la persona** de M. A. y, principalmente, omitió toda consideración del examen psicológico del Cuerpo Médico Forense realizado a la víctima.

En segundo orden, y en relación al delito de desobediencia, sostiene que **no se ha acreditado en el caso un estado de necesidad justificante**. Al respecto, cuestiona que el juez sentenciante, para sostener esta causa de justificación, considera acreditado que el imputado, a pedido de M. A., tuvo que ir a llevarle el remedio a su hijo que sufre de asma, ello después de intentar, sin éxito, que su amigo T. lo llevara.

Sostiene en este sentido, que el juez para sustentar su postura consideró acreditada la versión de los hechos brindada por M. M. en desmedro de lo declarado por la víctima. Destaca así, que M. A. negó lo referido por el imputado y aseguró que sus hijos actualmente, ante una crisis asmática, no usaban «paff», y que solamente se les inyectaba el medicamento correspondiente.

Cuestiona que el a quo no haya valorado varias circunstancias que rodearon el hecho, que indicarían la veracidad de los dichos de M. A., como por ejemplo, que resulta incomprensible que si realmente lo hubiese llamado al imputado, hubiese estado presente en su casa para recibir el medicamento, entre otros aspectos.

En relación al testimonio brindado por P.T., quien sostuvo los dichos del imputado, en tanto aseguró el testigo que M. le pidió que llevara el medicamento a la casa de sus hijos y él se negó para no tener problemas, el recurrente entiende que no es un testigo presencial, otorgándole a su testimonio un valor parcial en tanto es amigo del imputado y de la hermana de éste. Por ello, afirma que es razonable suponer

que su declaración tuvo por fin mejorar la situación procesal del imputado M. M., quien en el momento de su declaración se encontraba privado de libertad.

En definitiva, el recurrente se agravia por entender que el juez de sentencia no sólo no valoró las pruebas e indicios decisivos en orden a acreditar los extremos de las imputaciones endilgadas a M. M., sino que no aplicó en la valoración de la prueba los estándares probatorios exigidos por la normativa internacional y nacional en casos de violencia de género, haciendo especial mención a los arts. 16 y 31 de la ley de 26.485. I

II.- Dictamen Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto, remitiéndose a los argumentos vertidos a fs. 139/150 por la recurrente.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe hacerse lugar al recurso casatorio impetrado. Doy razones.

El a quo no consideró acreditado con el grado de convicción que requiere una sentencia condenatoria los hechos objeto de la acusación y, en consecuencia, en aplicación del **principio in dubio pro reo**, absolvió al acusado. Sin embargo, como explicaré en lo sucesivo, a esta conclusión no subyace un correcto análisis de las constancias de la causa, en particular, del testimonio de M. R. A.

Dicho de otro modo, se advierte que el a quo valoró los distintos elementos de juicio y, en especial, el testimonio brindado por la víctima con prescindencia de una mirada integral de la problemática. De esta manera, no cumplió con los criterios interpretativos que establece la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que expresamente conmina a los operadores judiciales a que ponderen, en orden a acreditar que el hecho tuvo lugar en un contexto de violencia de género, todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31).

En la misma dirección, y tal como he indicado en precedentes anteriores, entiendo oportuno señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver **Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; **Caso Rosendo Cantú vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C N° 216; **Caso Fernández Ortega y otro vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C N° 215; y CSJN. in re «**Leiva, María Cecilia**», entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el precedente «Galdeano Reyes», que la cuestión en análisis constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales. Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios. Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta

problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Sostuve también en el citado precedente, que en estos casos se advertía, como primer orden de dificultad, que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno. Además, si bien nuestro ordenamiento procesal adopta el sistema de la libre convicción y la sana crítica racional como método para la valoración de la prueba, no garantiza que los operadores judiciales guíen sus decisiones exentos de las concepciones socioculturales que favorecen el trato discriminatorio de este sector en situación de vulnerabilidad.

Así pues, se advierte claramente cómo estas dificultades hicieron mella en el caso de marras y definieron la manera que tomó su decisión el juez de sentencia, lo que se tradujo en la omisión de valorar prueba decisiva y sin la necesaria perspectiva de género que el caso requiere.

Debo mencionar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima de violencia en razón de su género. Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque. Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente sostuve al respecto que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

De este modo, se advierte que en el desarrollo de los argumentos que dan sustento al dictum cuestionado, el juez a quo –tal como lo referí ut supra– construyó su discurso argumentativo en base a los hechos relatados por M. M.. Al mismo tiempo omitió ponderar todos los indicios y antecedentes de violencia contra la persona de M. A., los que daban cuenta de que los hechos denunciados en la presente causa por ésta última tuvieron lugar en un contexto de violencia de género.

Tal aspecto se desprende del examen psicológico realizado a la víctima por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), en donde los profesionales refirieron que existen indicadores de un contexto de violencia de género con antecedentes de violencia física, y que actualmente Micaela es víctima de violencia psicológica a través de insultos y hostigamientos por parte de su ex pareja, elemento de juicio – a mi entender relevante– que tampoco fue valorado por el sentenciante.

A ello se suma, que además de no valorar la testimonial de M. A. con perspectiva de género, el juez a quo no ponderó –entre otros aspectos– que el relato de la víctima se mantuvo coherente en lo sustancial a lo largo del proceso, como así también, no consideró la circunstancia de que A. efectuó la denuncia apenas acontecido el hecho.

Es por ello, que los agravios esgrimidos por el recurrente encuentran asidero en el plexo probatorio incorporado legítimamente al debate, y que no fueron ponderados por el a quo, quien omitió valorar los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima y, con prescindencia de tales elementos, construyó sus argumentos en torno a la falta de credibilidad del relato de la víctima.

Por tal motivo, estimo que la omisión de un análisis con perspectiva de género por parte de los operadores del derecho en la valoración de la prueba y, en especial, el testimonio de la víctima, constituye un obstáculo serio para el acceso a la justicia para las mujeres inmersas en situación de violencia y, más aún, contribuye a mantener la estructural desigualdad de género presente en los distintos estratos sociales.

En suma, entiendo que lo analizado pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del C.P.P. Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido. Por las razones precedentemente expuestas, considero que corresponde responder de manera afirmativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la Sentencia N° 6.125 y sus fundamentos, debiendo remitirse las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 37 de la Unidad Fiscal de Violencia de Género y, en consecuencia, anular el debate, la Sentencia N° 6.125 y sus fundamentos.

2.- Remitir las actuaciones al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 04 de octubre de 2019.-

15- AGUILAR. 08-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-7°	-	A	-	-	-	-	-	N	416
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191008_FcAguilar.pdf

Lex: Art. 34 inc. 7° del CP. Art. 416 inc. 4° del CPP. Art. 149 bis, 2° párrafo del CP.

Vox: Amenazas. Coacciones. Valoración de la prueba. Legítima Defensa. Abuso sexual. Hurto. Tocamientos inapropiados. Legítima defensa putativa. Error en la legítima defensa. Nulidad de la sentencia.

Summa:

El JPC condenó al nombrado a la pena de **dos años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de coacciones (art. 149 bis, segundo párrafo, C.P.).

La **defensa** técnica considera que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación y dispuso el reenvío de la causa.

Resolución cuestionada: *Sentencia pronunciada por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 - 1 CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Arredondo Suárez.
- L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros

Parágrafos destacados

“Si bien es cierto que, ante las preguntas de la defensa, expresó que el dueño del lugar requisó a la pareja del imputado, estos dichos son descartados por la a quo como suficientes para sostener la versión defensiva, la cual no se encuentra apuntalada en ninguna prueba”. (Dr. Valerio)

“No existe prueba de descargo cuya valoración haya sido omitida por el a quo y que dé cuenta de un abuso sexual de parte del denunciante a la pareja de Aguilar Montecino. A su vez, la prueba de cargo ha sido correctamente valorada por el tribunal de juicio en su razonamiento, el cual aparece suficientemente motivado”. (Dr. Valerio)

“La defensa no consigue probar los requisitos de la legítima defensa en la conducta de Aguilar Montecino, ni el error que habría motivado sus dichos y reedita un planteo que ya fue suficientemente rebatido por la sentenciante”. (Dr. Valerio)

“El recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio iuris atribuido a la resolución objetada, que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, que queda fijado por el Tribunal inferior”. (Dr. Valerio)

“Sin embargo, la sentencia criticada no ha cancelado correctamente la hipótesis defensiva brindada por el imputado, motivo que entiendo hace decaer su validez como acto jurisdiccional”. (Dr. Palermo).

“El a quo, descarta estas manifestaciones en tanto, según surge de las manifestaciones de Yan y Albertondo, la pareja del imputado en el momento del hecho se encontraba hurtando mercaderías del

supermercado. No obstante, este hecho no se encuentra acreditado y, según estimo, se trata de un déficit central que atraviesa el iter argumentativo de la sentencia analizada, el cual acarrea una consecuencia fundamental: le impide al juez despejar correctamente la hipótesis defensiva”. (Dr. Palermo).

“Si no se verifica el hecho que subyace a las amenazas coactivas imputadas no se puede determinar si estas son exclusiva competencia del autor o se explican total o parcialmente por el accionar de la víctima, tal como propone la defensa. Por esto, considero que la resolución impugnada se encuentra viciada de arbitrariedad al haber omitido pronunciarse sobre este extremo del hecho”. (Dr. Palermo).

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Disidencia)

(C.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-04722939-6/1((018502-52276)) FC/ AGUILAR CARLOS P/ AMENAZAS COACTIVAS (52276) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104799510*

En Mendoza, a los ocho días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04722939-6/1, caratulada "AGUILAR MONTECINO S/ RECURSO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Carlos Jorge Aguilar Montecino interpone recurso de casación (fs. 71/75) contra la resolución de f. 61 mediante la cual el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de coacciones (art. 149 bis, segundo párrafo, C.P.) en la causa P-52276/16. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

Los magistrados sentenciantes tuvieron por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria los hechos narrados en el requerimiento fiscal de citación a juicio, a saber, que «el día 26 de junio del año 2018 siendo aproximadamente las 21:25 hs., en calle Aguado 150 de la Sexta Sección de la Ciudad de Mendoza, Carlos Jorge Aguilar Montecino, le manifestó al Señor Guangming Yan 'si no me abris, mañana voy a venir y te voy a pegar', causándole temor a la víctima» (fs. 62 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las testimoniales de Guangming Yan, Aldana Elsa Albertondo, la Oficial Auxiliar PP Cintia Analía Sosa Saavedra y el Oficial Auxiliar PP Carlos Javier Vázquez, junto con las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa técnica de Aguilar Montecino considera que la resolución referida padece vicios in procedendo e in iudicando, conforme lo establecido por el art. 474 de la ley de rito.

a.- Vicios in procedendo

La defensa sostiene que la sentencia es incoherente, contradictoria y no constringente.

Argumenta que la magistrada no ha valorado correctamente el plexo probatorio, el cual daría cuenta de que el denunciante realizó tocamientos inapropiados a la pareja del imputado, quien a su vez habría hurtado productos de su mercado.

El impugnante explica que esta conducta de parte de Yan motivó los dichos amenazantes de Aguilar Montecino quien intentó en ese momento detener la agresión.

b.- Vicios in iudicando

El recurrente entiende que debió haberse aplicado el **art. 34 inc. 7 del C.P.** ya que su defendido habría actuado en legítima defensa de los derechos de una mujer, en tanto habría advertido que esta era tocada por un hombre de forma inapropiada.

Subsidiariamente, la defensa solicita que se aplique el art. 34 inc. 1 del C.P., ya que su cliente «podría» [sic] haber incurrido en una legítima defensa putativa de los derechos de un tercero.

Ello en tanto, Aguilar Montecino no habría advertido, dada su condición cultural, que en determinadas circunstancias está permitida la detención por particulares y la requisita a una persona sospechosa de un delito.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 83/84). Después de resumir los motivos casatorios esgrimidos por el recurrente y dejar sentado que el recurso interpuesto procede formalmente, refuta cada uno de los argumentos defensivos y confirma la validez de la sentencia condenatoria.

En este sentido, el titular del Ministerio Público Fiscal reafirma el razonamiento del a quo en orden a la valoración de los testimonios de cargo y, en particular, en lo que respecta a la declaración de la víctima.

En esta línea, deja en claro que la versión defensiva fue descartada fundadamente con base en el testimonio de Elsa Albertondo quien manifestó que el imputado intimidó a la víctima, lo invitó a pelear y pateaba la puerta del supermercado para salvar a su pareja que había quedado dentro. Esta testigo también expresó que su jefe la revisó para sacarle la mercadería, pero que no la tocó con contenido sexual.

Por lo señalado, el Procurador General considera que el recurso interpuesto no puede prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde **rechazar el recurso casatorio** impetrado.

Preliminarmente, cabe decir que el recurrente interpone un recurso de casación con excesivo uso de términos coloquiales, en el cual se encuentran confundidas las consideraciones de hecho y de Derecho. De este modo, trastoca la plataforma fáctica que la jueza ha tenido por probada para hacer decaer su razonamiento en el nivel de la valoración de la prueba y, acto seguido, intentar sustentar su versión de los hechos.

a.- Vicios in procedendo

La defensa caracteriza la sentencia sometida a análisis como incoherente, contradictoria y no constringente. En esta línea, su planteo se puede resumir del siguiente modo: la magistrada interviniente no habría considerado aquellas pruebas que darían cuenta de que el denunciante habría abusado, mediante tocamientos impropios, de la pareja del imputado. Comportamiento que habría conducido a Aguilar Montecino a intentar ingresar al local para detener la agresión.

El recurrente relata que Yan tocó a la pareja del imputado, quien habría hurtado productos de su supermercado, a la altura de los senos, situación que habría pretendido detener Aguilar Montecino. En favor de su tesis destaca el testimonio de Elsa Albertondo –empleada del supermercado– quien habría manifestado que los tocamientos de Yan fueron inapropiados (fs. 72).

La defensa se pregunta retóricamente si Yan había llamado a la policía, como su cliente declaró, para qué la quería tocar o requisar. A partir de allí, en su escrito se leen una serie de especulaciones relativas al derecho a la requisita por parte de un particular y omisión de valoración del testimonio de Elsa Albertondo. En relación con este último se postula que debe ser creído o desechado en su totalidad, pues la declarante también habría manifestado lo impropio de los tocamientos de Yan con posterioridad al presunto hurto.

En suma, la hipótesis defensiva consiste en que Aguilar Montecino habría actuado motivado por impedir el abuso sexual realizado por el denunciante a Lucero.

Si se dejan de lado por un momento las abundantes especulaciones y preguntas retóricas que contiene el recurso de la defensa, se advierte que la única prueba a partir de la cual el recurrente construye su hipótesis del caso es el testimonio de la señora Albertondo, el cual habría sido valorado parcialmente, sólo en relación con la parte que grava al imputado, pero no respecto a aquella que da cuenta de los tocamientos impropios que justificaran sus dichos.

De este modo, corresponde analizar minuciosamente cómo valoró la jueza de sentencia el testimonio de la empleada del local, testigo presencial del presunto hurto y de la acción del denunciante al cerrar las puertas del local y proceder a la requisita de la pareja del imputado, prólogo de sus manifestaciones, calificadas por el a quo como coacciones.

Bien, llegados a este punto es fácil advertir que la defensa no consigue alcanzar aquello que se propone, esto es, desvincular a Aguilar Montecino de la causa con base en el beneficio de la duda, a partir de una versión alternativa de los hechos que se filtra en el razonamiento probatorio del a quo hasta alcanzar la calificación dada a los hechos imputados. Es que, el testimonio de Elsa Albertondo no dice lo que la defensa le hace decir en su escrito, relativo a los tocamientos impropios de parte del denunciante a la pareja de Aguilar Montecino. Veamos.

Elsa Albertondo es cajera del supermercado donde tuvieron lugar las coacciones.

Ella explicó que presenció dos hechos de robo de parte del imputado y su pareja. En el último, narró que se encontraba junto con el dueño del local y a través de las cámaras de seguridad consiguieron advertir que Aguilar Montecino y Lucero estaban sustrayendo productos de las góndolas; comportamiento que llevó a Yan a cerrar las puertas del local.

Una vez cerrado el supermercado, la pareja del imputado permaneció dentro, mientras que éste consiguió salir, oportunidad en que comenzó a patear la puerta y profirió las amenazas coactivas a la víctima. Por su parte, Elsa Albertondo fue categórica al expresar que «su jefe no le pegó a la mujer, que había gritos y discusiones, pero no golpes. Que su jefe la revisó para sacarle la mercadería que tenía entre las ropas, pero no la tocó con contenido sexual» (f. 63 vta.).

Como destaca la a quo, la cajera fue precisa en relación con la descripción de la escena que diera origen a esta causa penal. Si bien es cierto que, ante las preguntas de la defensa, expresó que el dueño del lugar requisó a la pareja del imputado, estos dichos son descartados por la a quo como suficientes para sostener la versión defensiva, la cual no se encuentra apuntalada en ninguna prueba.

En otro orden de ideas, la defensa no da cuenta en su planteo del contenido de las declaraciones testimoniales de la Oficial Auxiliar Cinthia Analía Sosa Saavedra y del Oficial Auxiliar Carlos Javier Vázquez. Conforme lo señala la jueza de sentencia, éstos, de forma precisa y clara, confirmaron las circunstancias espacio-temporales del hecho, así como la conducta presuntamente delictiva del imputado y su pareja dentro del supermercado de Yan. No se advierte en tal razonamiento fisura alguna.

En suma, no existe prueba de descargo cuya valoración haya sido omitida por el a quo y que dé cuenta de un abuso sexual de parte del denunciante a la pareja de Aguilar Montecino. A su vez, la prueba de cargo ha sido correctamente valorada por el tribunal de juicio en su razonamiento, el cual aparece suficientemente motivado.

b.- Vicios in iudicando

La estrategia defensiva apunta a obtener una visión de los hechos que transite por la vía de la **legítima defensa de terceros o, subsidiariamente, por la vía del error**, en este caso, sobre la antijuridicidad del

hecho. Dado que esta versión de los hechos no encuentra asidero en ninguna de las constancias obrantes en la causa, debe ser descartada sin más.

La defensa no consigue probar los requisitos de la legítima defensa en la conducta de Aguilar Montecino, ni el error que habría motivado sus dichos y reedita un planteo que ya fue suficientemente rebatido por la sentenciante. Es que, una vez fijada y confirmada la plataforma fáctica, la interpretación jurídica que propone el recurrente no puede prosperar.

Como ya tiene dicho este tribunal (véase, por ejemplo “Arredondo Suárez”, CUIJ N° 13-04119940-1/1), el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos.

Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio iuris atribuido a la resolución objetada, que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, que queda fijado por el Tribunal inferior.

Así, se encuentra debidamente acreditado que fue Yan quien actuó en defensa de sus derechos y no el imputado, quien se limitó a manifestar desde fuera del local «si no abris la puerta después te voy a pegar» para que dejara ir a Lucero, comportamiento coactivo que ha sido correctamente calificado como típico de las previsiones contenidas en la figura del art. 149 bis, segundo párrafo del C.P. Todo lo cual, encontraría razón –con base en el testimonio de Yan y Elsa Albertondo– en un comportamiento sospechoso de hurto de parte de la pareja de Aguilar Montecino.

En consecuencia, en línea con lo dictaminado por el señor Procurador General, a la luz de la fuerza con la que la hipótesis acusatoria ha sido verificada en la audiencia de debate y la correcta valoración de las pruebas que la sostienen, entiendo que corresponde rechazar las argumentaciones del recurrente y proceder a confirmar la sentencia puesta en crisis.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN , EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida. Doy razones.

En forma preliminar, corresponde destacar que este Cuerpo –en sus diferentes integraciones– ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinaria (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

Es por ello que centraré el análisis de la presente causa en uno de los vicios formales denunciados por el recurrente, motivo en el que estimo se encuentra circunscripto el thema decidendum y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio, a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4) del C.P.P.

Tal como se desprende de los fundamentos en análisis, la jueza interviniente llegó a la conclusión condenatoria aquí recurrida luego de articular los dichos del denunciante con las declaraciones de Elsa Albertondo y el personal policial interviniente. Asimismo, le restó credibilidad al descargo del imputado, con base en la ausencia de prueba que sostenga sus declaraciones.

Sin embargo, la sentencia criticada **no ha cancelado correctamente la hipótesis defensiva** brindada por el imputado, motivo que entiendo hace decaer su validez como acto jurisdiccional.

El descargo del Aguilar Montecino puede resumirse del siguiente modo: el denunciante encerró en el supermercado a su pareja, le realizó tocamientos con contenido sexual y, en consecuencia, éste intentó desde fuera ingresar para prestarle auxilio, lo que justificó sus expresiones.

El a quo, descarta estas manifestaciones en tanto, según surge de las manifestaciones de Yan y Albertondo, la pareja del imputado en el momento del hecho se encontraba hurtando mercaderías del supermercado.

No obstante, este hecho no se encuentra acreditado y, según estimo, se trata de un **déficit central que atraviesa el iter argumentativo** de la sentencia analizada, el cual acarrea una consecuencia fundamental: le impide al juez despejar correctamente la hipótesis defensiva.

Es que, si no se determina (o descarta) el hecho que motivó el accionar del imputado, no se puede refutar razonadamente –más allá de la íntima convicción– su descargo.

La sentencia en ningún momento es categórica en relación con la existencia del atentado a la propiedad que, o justificase el comportamiento del denunciante relativo a la detención de Lucero y su inmediata requisita (hipótesis acusatoria) o justificase el comportamiento de Aguilar Montecino en orden a sus expresiones tendientes a ingresar al local comercial (hipótesis defensiva).

De este modo, no puede validarse el silogismo incriminatorio, pues no despeja un extremo del hecho esencial para la solución del caso y, por ende, para el dictado de una decisión condenatoria en contra del acusado por el delito de amenazas coactivas.

En definitiva, la existencia del hurto (tentado o consumado, circunstancia no determinada al momento con claridad) no puede ser sencillamente omitida, pues en ella se encuentra una de las claves para determinar qué sucedió aquel 26 de junio de 2018.

Si no se verifica el hecho que subyace a las amenazas coactivas imputadas no se puede determinar si estas son exclusiva competencia del autor o se explican total o parcialmente por el accionar de la víctima, tal como propone la defensa. Por esto, considero que la resolución impugnada se encuentra viciada de arbitrariedad al haber omitido pronunciarse sobre este extremo del hecho.

Ciertamente, de los fundamentos en estudio no surge que la a quo se haya planteado siquiera la pregunta precedentemente formulada –entiende que son suficientes las declaraciones de Yan y Albertondo en orden a la existencia del hurto– y, si bien sostiene que los dichos de la víctima no son creíbles, este juicio no puede validarse si no se determina el contexto en el que se produjo el hecho. Para lo cual, vale decir, no bastan únicamente aquellas dos declaraciones.

En síntesis, la jueza de instancia anterior ha tenido por plenamente creíble el relato de los hechos efectuado por Yan, basándose en un análisis fragmentario de la prueba incorporada al haber omitido considerar el descargo del imputado a la luz del conjunto de prueba incorporadas a la causa.

Finalmente, considero que también le asiste razón a la defensa cuando advierte que la sentencia es contradictoria en el tramo relativo a los tocamientos.

En efecto, la jueza interviniente refiere, al analizar el testimonio de Elsa Albertondo, que esta declaró «que su jefe la revisó para sacarle la mercadería que tenía entre las ropas, pero no la tocó con contenido sexual», pero inmediatamente refiere que «la señora no quería que la tocaran, estaba muy nerviosa y decía que no la tocara y que ella se quiso meter en el medio para que su jefe no la tocara porque le pareció inapropiado» (fs. 63 vta.).

Lo anterior, me termina de convencer que las aristas del episodio que diera lugar a las expresiones calificadas como amenazas coactivas por el representante del Ministerio Público Fiscal no se encuentran correctamente acreditadas.

Por un lado, porque no se determinó la existencia del hurto y, por otro, porque una de las testigos claves del hecho –Elsa Albertondo, cajera del supermercado– es especialmente oscura, tal como replica la jueza sentenciante, en relación con los tocamientos. Una parte fundamental del hecho que puede repercutir en la viabilidad de la hipótesis acusatoria como **versión alternativa de los hechos**.

Lo expresado precedentemente pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del C.P.P. Ley 6730, circunstancias que acarrearán la declaración de nulidad del fallo aludido.

Atento a las consideraciones precedentes y la solución que propicio, no resulta necesario expedirme en relación al resto de los agravios esbozados por el recurrente.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el señor Procurador, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Carlos Jorge Aguilar Montecino debe ser acogido en esta instancia y, en consecuencia, debe anularse la sentencia recurrida y reenviar la causa al subrogante legal a fin de que se desarrolle un nuevo juicio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde acoger en esta instancia el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Carlos Jorge Aguilar Montecino, en consecuencia, anular la sentencia recurrida y remitir la presente causa al Segundo Juzgado Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Carlos Jorge Aguilar Montecino y, en consecuencia, remitir la presente causa al Segundo Juzgado Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO DR. OMAR A. PALERMO Ministro Ministro DR. JOSÉ V.
VALERIO Ministro

16- CILAURO MICHELI. 28-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcCilauro.pdf

Lex: Art. 59 inc. 3, art. 67 inc. d del CP. Art. 417 quater del CPP

Vox: Amenazas. Solicitud de audiencia de acusación. Requerimiento de citación a juicio. Actos interruptivos. Prescripción.

Summa:

El JPC rechazó el planteo de **prescripción** solicitado por la defensa.

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la validez de la solicitud fiscal de audiencia de acusación basándose en dos puntos: la invalidez de la notificación y la falta de fundamentación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el JPC N° 1 - 3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 167-077; 216-352; 194-226; 172-001; 144-031
- Asat Haltky. 23-08-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180823_FcASAT.pdf
- Militello Espinoza. 14-02-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=3>
- Cortez Torres.
- Hidalgo, Antonio.
- NN Lesiones leves culposas. 13-03711264-4/1.
- Av. Lesiones culposas. 13-02848714-7.
- Anzorena, Aldo.

b-CSJN

- González
- Ekmekdjian

c-Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza.

- Lauro Barón

Parágrafos destacados

“[...] la solicitud fiscal de fijación de audiencia de acusación respecto de delitos de competencia correccional contenida en el art. 417 quater del CPP constituye el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio considerado acto interruptivo del recurso de la prescripción de la acción penal por el art. 67, sexto párrafo, inc. d) del Código Penal.”

“[...] lo que interrumpe la prescripción de la acción es la petición fiscal de audiencia de acusación y no su notificación.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-04829889-8/1((038501-788)) RECURSO DE CASACION EN P-44065/17 FC/ CILAURO MICHELI MAURICIO ADRIAN P/ AMENAZAS SIMPLES (0788) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104911192*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04829889-8/1 caratulada "RECURSO DE CASACIÓN EN P-44065/17 F. C/ CILAURO MICHELI, MAURICIO ADRIÁN P/ AMENAZAS SIMPLES (0788) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

Que a fs. 02/07 vta. del legajo N° 788 formado en los autos N° P-44.065/17 la defensa de Mauricio Adrián Cilauro Micheli formula recurso de casación contra la decisión del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial que rechazó el planteo de prescripción solicitado por la defensa, y el sobreseimiento del imputado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

En lo pertinente para la resolución del recurso, es oportuno referir que la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, rechazó el planteo de prescripción de la acción penal formulado por la defensa de Cilauro Micheli en la audiencia de acusación llevada a cabo el día 11/06/2019. Según surge de las constancias audiovisuales de la audiencia acompañadas a la causa -min. 10:06 y ss.- la magistrada interviniente consideró que la solicitud fiscal de fijación de audiencia de acusación obrante a fs. 73 y de fecha 21/11/2018 operaba como acto interruptivo de la prescripción a tenor de lo dispuesto por el art. 67 inc. d) del Código Penal.

De manera tal que, conforme al plazo de prescripción aplicable a la causa, la acción se encontraba vigente. También sostuvo que la notificación en forma telefónica de la petición de audiencia de acusación cumplimenta los requisitos jurídicos necesarios para garantizar el derecho de defensa.

2.- Recurso de casación

La impugnación planteada por la defensa invoca ambos incisos del art. 474 del CPP, es decir, la existencia de vicios in procedendo e in iudicando para cuestionar la resolución reseñada. El recurso se basa en el cuestionamiento de la validez de la solicitud fiscal de audiencia de acusación. Considera que debe ser anulada y no ser computada como acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción. Como consecuencia, señala que debe declararse prescripta la acción penal, y sobreseerse a su defendido. La crítica a la solicitud en cuestión se basa en dos puntos: la invalidez de su notificación y la falta de fundamentación.

Respecto de la notificación explica que, tal como consta en autos, solamente se le notificó al defensor que el fiscal interviniente había solicitado audiencia de acusación, sin que se le notificara electrónicamente el contenido de la solicitud misma.

El acto de notificación, en tales términos, vulnera a su entender el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y causa un perjuicio a su defendido. Explica que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 179 del CPP, la naturaleza del acto implica que la solicitud de audiencia de acusación deba ser notificada en forma personal al acusado. Asimismo, refiere que conforme a lo dispuesto por el art. 186 del CPP la notificación es nula si la resolución fuera notificada en forma incompleta. Agrega que se impidió conocer la acusación, partes intervinientes, datos personales, fundamentos y calificación legal, firma de quien la solicita y, en general, los requisitos exigidos bajo pena de nulidad por el art. 358 del CPP.

Cuestiona a la jueza de instancia previa por haber hecho caso omiso a la solicitud de nulidad planteada al respecto.

Enfatiza que el deber de notificar pesa sobre la acusación, y que –si tal como afirma la a quo– la solicitud de audiencia de acusación se equipara a efectos interruptivos de la prescripción al requerimiento fiscal de citación a juicio, pues entonces debe cumplir los requisitos del art. 357 del CPP y ser notificada en forma personal al imputado, tal como lo exige el art. 179 del CPP.

En segundo lugar, sostiene que la petición fiscal de audiencia de acusación es nula por no cumplir los requisitos del art. 358 del CPP, pues ignoró los datos personales del imputado, una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, los fundamentos de la acusación y la calificación legal. En particular, enfatiza que la petición carece de motivación en sus aspectos fáctico y jurídico, extremo exigido por la jurisprudencia y doctrina. Cita, a tales efectos, los precedentes “González” y “Ekmekdjian” de la Corte Federal, “Lauro Barón” de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza, y doctrina de diversos autores.

Como consecuencia de lo solicitado en torno a la petición fiscal audiencia de acusación y su notificación, solicita el sobreseimiento de su defendido por prescripción de la acción. Explica que, eliminado el acto procesal cuestionado, ha transcurrido el plazo máximo de vigencia de la acción, por lo que la garantía de una duración razonable del proceso impone la extinción de la acción.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de emitir dictamen en autos, el señor Procurador General considera que la impugnación defensiva resulta formalmente admisible, aunque debe rechazarse en el fondo. Explica que la improcedencia sustancial se basa en que no se pueden soslayar, como actos interruptivos del curso de la prescripción de la acción, el decreto de avoque y la solicitud de audiencia de acusación realizados por el agente fiscal en autos.

Afirma que, conforme lo ha reconocido este tribunal en «Asat Haltky», el pedido fiscal de audiencia de acusación equivale al requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio contenido en el art. 67 inc. d) del CP como acto interruptivo de la prescripción de la acción penal. Además, afirma que el pedido de audiencia de acusación fue realizado mientras la acción se encontraba vigente, y –contrariamente a lo sostenido por la defensa– fue notificado a la defensa el día 11/04/19 mediante notificación electrónica, al imputado en forma personal por medio telefónico y a la víctima por comisaría.

Es decir, se cumplieron en debida forma los recaudos exigidos por la ley procesal vigente. Agrega que, el día en que debía efectuarse la audiencia, el defensor del acusado presentó un escrito en el que refería que su pupilo se encontraba enfermo, por lo que solicitaba la suspensión de la audiencia, lo que motivó que se notificara nuevamente al imputado, pero solamente a efectos de que tomara conocimiento de la nueva fecha de audiencia, no existiendo ninguna notificación nula por incompleta.

Por último, señala que de los registros audiovisuales de la audiencia se desprende que la decisión de la a quo se encuentra debidamente fundada. Por tales motivos corresponde, a su entender, rechazar la impugnación.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que en lo sucesivo se exponen– corresponde rechazar el recurso de casación planteado por la defensa de Mauricio Adrián Cilauro Micheli. Veamos.

De forma preliminar corresponde señalar que los agravios manifestados por la defensa no constituyen más que una reedición de los argumentos planteados en la audiencia de acusación llevada a cabo el día 11/06/19 ante el Primer Juzgado Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial, sin que exista en el recurso de casación formulado una crítica a los fundamentos vertidos por la jueza interviniente para rechazar la petición de sobreseimiento efectuada en aquella oportunidad.

Dicho con otras palabras, el defensor manifiesta desacuerdo con la decisión, mas no ha aportado motivos de crítica contra su fundamentación, limitándose a reeditar su planteo.

Sin embargo, en tanto se encuentra en disputa la vigencia de la acción penal por prescripción, cuestión que ha sido considerada de orden público por este Tribunal (**conf. L.S. 267-077; 216-352; 194-226; 172-001; 144-031, entre otros**), se ingresará en el tratamiento de los argumentos expuestos en el recurso de casación defensivo.

De la reseña de los antecedentes del caso realizada en los puntos anteriores, y toda vez que la defensa plantea dos cuestiones distintas que tendrían un mismo efecto sobre la vigencia de la acción penal, entiendo que la mejor forma de abordar la cuestión en tratamiento consiste en repasar, (i) en primer lugar, lo sostenido por esta Suprema Corte de Justicia en anteriores pronunciamientos respecto de las exigencias que debe cumplir la solicitud fiscal de audiencia de acusación en el procedimiento correccional, para interrumpir la prescripción de la acción conforme al art. 67 inc. d) del CP. (ii) Las conclusiones de este primer punto me conducen, en segundo lugar, a desestimar las consecuencias jurídicas que el recurrente adjudica a uno de sus planteos de nulidad, el relativo a las notificaciones. (iii) En tercer lugar, ingresaré en el planteo de nulidad de la petición fiscal de audiencia de acusación por defectos de motivación, por cuanto sí tiene relevancia respecto de su virtualidad como acto interruptivo de la prescripción de la acción. (iv) En cuarto y último lugar, y atento al resultado al que se arriba en los puntos anteriores, explicaré por qué la acción penal no se encuentra prescripta, lo que determina que el sobreseimiento peticionado sea improcedente y deba proseguir la causa según su estado.

(i) Virtualidad de la solicitud fiscal de audiencia de acusación. Art. 417 quater del CPP

(i) En este orden, debo en primer lugar señalar que respecto de la virtualidad de la solicitud fiscal de audiencia de acusación prevista por el art. 417 quáter del CPP este Tribunal se ha expedido con anterioridad.

En efecto, ya se ha sido sometida a criterio de esta Sala la cuestión relativa al acto que debe ser considerado como **requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio** respecto de delitos de competencia correccional, luego de las modificaciones introducidas al código procesal penal provincial.

En ese sentido, se ha señalado que «[n]o obstante la variación entre “requerir” al Juez Correccional decreto de citación a juicio y “requerir” al mismo magistrado audiencia de acusación, no se advierte en la reforma legislativa ninguna modificación que haya alterado la finalidad del acto ni sus efectos y tampoco los recaudos formales para su procedencia.

Tal es así, que en el requerimiento de decreto de citación y en la solicitud de audiencia de acusación deben observarse idénticos requisitos, esto es, la individualización del o los imputados, la enunciación de los hechos y su calificación legal, siempre que se haya concluido la información sumaria y existieren «elementos de convicción suficientes para sostener como probables la participación punible del imputado en el hecho intimado» (art. 417 quater). [...] Con fundamento en esas circunstancias [...] ambos actos son equivalentes y, en consecuencia, poseen la misma virtualidad interruptiva del curso de la prescripción, de conformidad a lo establecido por el art. 67, sexto párrafo, inc. c) del Código Penal» (conf. «**Asat Haltky**», «**Anzorena, Aldo**» y «**Militello Espinoza**»).

En otras palabras, esta Sala Segunda ha sostenido que la solicitud fiscal de fijación de audiencia de acusación respecto de delitos de competencia correccional contenida en el art. 417 quater del CPP constituye el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio considerado acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal por el art. 67, sexto párrafo, inc. d) del Código Penal.

Ahora bien, dicho esto, corresponde señalar que a los efectos de realizar el cómputo de plazos de prescripción debe estarse a la fecha en la que el acto interruptivo es emitido, y no a la fecha de su notificación.

En este sentido, he considerado que desde el punto de vista del impulso procesal que interesa a las reglas que establecen actos interruptivos de la prescripción, lo decisivo es el acto en el que se realiza un mérito de los elementos existentes en la causa y se resuelve a raíz de ello disponer el avance del proceso impulsando el ejercicio de la acción penal respecto de una persona determinada. La notificación de tal acto, por otra parte, es sólo un instrumento utilizado a los fines de poner en conocimiento al imputado el acto ordenado. Así lo he considerado, al resolver respecto del primer llamado a prestar declaración indagatoria contemplado por el art. 67 inc. b) del CP, con anterioridad en «**Cortes Torres**», «**Hidalgo, Antonio**», «**NN lesiones leves dolosas**» (CUIJ N° 13-03711264-4/1) y «**Av. Lesiones culposas**» (CUIJ N° 13-02848714-7), entre otros.

(ii) Lo hasta aquí dicho permite, en segundo lugar, descartar los agravios vinculados a la nulidad de las notificaciones de la solicitud de audiencia de acusación efectuadas como capaces de causar la nulidad de la petición en sí y –con ello– de su virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción.

(ii) Lo hasta aquí dicho permite, en segundo lugar, descartar los agravios vinculados a la nulidad de las notificaciones de la solicitud de audiencia de acusación efectuadas como capaces de causar la nulidad de la petición en sí y –con ello– de su **virtualidad interruptiva de la prescripción de la acción**.

En otras palabras, lo que interrumpe la prescripción de la acción es la petición fiscal de audiencia de acusación y no su notificación. De manera tal que la petición fiscal actúa procesalmente como acto interruptivo de la prescripción, por lo que no es necesario analizar en el caso concreto la validez de la notificación. Por lo tanto, el planteo de nulidad de ésta carece del efecto jurídico que le asigna el recurrente, motivo por el que no corresponde ingresar al análisis de la cuestión.

(iii) Nulidad de la solicitud fiscal de audiencia de acusación por falta de motivación.

(iii) En tercer lugar, y en relación al planteo de nulidad de la solicitud fiscal de audiencia de acusación por falta de motivación, debe señalarse que en este punto el efecto que el recurrente le asigna a la nulidad sí tendría –potencialmente– efectos sobre la vigencia de la acción, pues en caso de proceder implicaría la inexistencia del acto cuestionado y, con ello, de su virtualidad interruptiva del curso de la prescripción de la acción. Por este motivo, resulta pertinente el análisis.

Sin embargo, el estudio de los agravios formulados por la defensa, así como de las constancias de la causa, determina la suerte adversa de la pretensión.

En efecto, la defensa alude a este punto en dos fragmentos de su recurso. En el primero, y mientras cuestiona por incompleta la notificación efectuada, considera que la solicitud fiscal en cuestión no cumple los requisitos del **art. 358 del CPP**, pues no contiene los fundamentos de la acusación ni la calificación.

En el segundo, la defensa agrega que la solicitud «[n]o contiene ninguna motivación, o sea no hay una motivación en su aspecto fáctico o jurídico, es decir no hay una razón crítica de la prueba y del derecho en el que se asienta la acusación».

Lo acotado de la crítica contrasta con la solicitud de audiencia de acusación que obra a fs. 73 y vta. de los autos principales y que –aunque de manera breve y escueta– contiene los requisitos que el art. 417 quater del CPP establece para dicho acto.

En efecto, se ha individualizado la causa, así como las condiciones personales del imputado, su defensor y de la víctima, se enunció el hecho que se le atribuye y la calificación legal que se le asigna, la solicitud de citación a las partes y la firma del magistrado interviniente. También enumera la prueba a partir de la cual se deriva el hecho que se le acusa.

En otros términos, se encuentran satisfechos –al menos, mínimamente y de acuerdo al estadio del proceso en tránsito– todos los requisitos de validez del acto en cuestión, sin que las críticas genéricas formuladas por la defensa resulten suficientes para cuestionarla.

(iv) Improcedencia de agravios determina el rechazo de la solicitud de sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

(iv) En cuarto y último lugar, y a modo de conclusión, resulta pertinente señalar que la improcedencia de los agravios anteriores determina también el rechazo de la solicitud de sobreseimiento por prescripción de la acción penal.

En efecto, en autos se atribuye a Mauricio Adrián Cilauro Micheli el siguiente hecho «[q]ue el día 17 de mayo de 2017, siendo la hora 18:30 aproximadamente, MAURICIO ADRIÁN CILAURO MICHELI, se hizo presente en el domicilio de su ex-pareja Gisela Marlene Pereyra Panelo, sito en Barrio El Nevado Manzana B Casa 02 de San Martín, Mendoza, y le manifestó “cómo que no ibas a salir hija de puta”, “te voy a matar hija de puta, me las vas a pagar, porque la nena me tiene miedo”» (v. fs. 73), hecho que fue calificado como amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo, primer supuesto del CP).

Tal delito tiene prevista una pena máxima de dos años de prisión, término que –de conformidad con lo previsto por el art. 62 del CP– determina el plazo máximo de vigencia de la acción penal. A su vez, y tal como fue sostenido con anterioridad, la petición fiscal de fijación de audiencia de acusación de fecha 21/11/2018 –último acto interruptivo en autos– determina que la acción se encuentre, a la fecha, vigente. En definitiva, y en razón de los argumentos expuestos, corresponde el rechazo del recurso de casación planteado por la defensa de Cilauro Micheli. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 02/07 vta. del presente legajo N° 778 formulado en los autos N° P-44.065/17 por la defensa de Mauricio Adrián Cilauro Micheli.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

17- MORENO CORTINEZ. 28-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	ANA AF	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcMoreno.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, tercer párrafo; art. 173 inc. 15; art. 168, 42 y 55 todos del CP

Vox: Coacciones. Amenazas agravadas por el uso de arma de fuego. Robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Defraudación mediante el uso no autorizado de tarjeta de crédito. Extorsión. Extorsión en grado de tentativa. Concurso real.

Summa:

El **TPC** condenó a la señalada a la pena de **cinco años** de prisión por considerarla autora penalmente responsable de los delitos de, amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto del CP), robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada –un hecho– (art. 166 inc. 2, tercer párrafo del CP), defraudación mediante el uso no autorizado de tarjeta de crédito –cuatro hechos– (arts. 173 inc. 15 y 55 del CP), extorsión –dos hechos– (arts. 168 y 55 del CP) y extorsión en grado de tentativa (arts. 168 y 42 del CP); todos ellos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación y expresa que hay una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto la conducta atribuida encuadra en tipo penal de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada y no en la figura penal de extorsión.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 497, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Sosa Terrera.
- Arzuza Villegas.
- Saromé Dimarco.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-04766458-0/1((018601-125048)) FC/ MORENO CORTINEZ MARIEL P/ COACCIONES (125048) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104844671*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04766458-0/1 caratulada “FC/ MORENO CORTINEZ MARIEL P/COACCIONES P/RECURSO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 497 y sus fundamentos (fs. 482/483 y fs. 486/500 vta., respectivamente), originarios del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto que, por su intermedio y en el marco de los autos P125048/17, condenó a la acusada a la pena de 5 años de prisión por considerarla autora penalmente responsable de los delitos de, amenazas agravadas por el uso de arma de fuego (art. 149 bis primer párrafo, segundo supuesto del CP), robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada –un hecho– (art. 166 inc. 2, tercer párrafo del CP), defraudación mediante el uso no autorizado de tarjeta de crédito –cuatro hechos– (arts. 173 inc. 15 y 55 del CP), extorsión –dos hechos– (arts. 168 y 55 del CP) y extorsión en grado de tentativa (arts. 168 y 42 del CP); todos ellos en concurso real.

A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado que los hechos imputados a la acusada sucedieron tal como están contenidos en la requisitoria de citación a juicio (ver fundamentos, fs. 499 vta. y fs. 402/409). Según reza esta pieza, «[e]l día 4 de noviembre de 2017 [...], en la habitación N° 9 del hotel alojamiento “Amarnos” sito en lateral sur de Ruta Nacional N° 7 de Guaymallén, Mariel Moreno le exhibió un arma de fuego tipo revólver a Daniel Esteban Schilardi y le manifestó: “mirá, quedate quieto, no hagas nada porque si no te quemo, no estoy sola, estoy hablando por celular con gente que está afuera y es gente del Gato Araya”; “yo necesito que mi marido trabaje en Incluir Salud dentro de una semana, tenes ese tiempo para meterlo o sos boleta”; “te voy a dar un mes, después que llegue el encargado del personal tenes ese tiempo para que mi marido trabaje ahí, o vos y tu familia son boleta”; “me tenes que dar \$30.000”. Posteriormente la encartada le exigió a Daniel Schilardi la entrega de su billetera, de donde tomó [dos tarjetas de crédito], las fotografió y [...] a través del teléfono celular de la víctima informó los datos a un tercero no identificado a esta altura de la investigación; verificando posteriormente el denunciante que se realizaron con posterioridad a los hechos consumos en cuotas [con ambas tarjetas]. Luego de esto Mariel Moreno obligó a Daniel Schilardi a firmar un pagaré en blanco y le exigió la suma de [10.000 pesos] en efectivo mientras le apuntaba el arma de fuego. Seguidamente se retiraron del hotel alojamiento en el vehículo de la víctima y Mariel Moreno le manifestó “acá me están diciendo que vas muy rápido, ponete atrás del auto que va adelante” y “vamos al cajero automático”.

Ante lo cual, [la víctima] se dirigió al cajero automático del Banco Nación ubicado en el carril Rodríguez Peña de Godoy Cruz, de donde extrajo la suma de [3.000 pesos], los cuales entregó a Mariel Moreno. De allí, la encartada obligó a Daniel Schilardi a realizar una compra en el supermercado Walmart de Guaymallén por la suma [6.131, 15 pesos], luego le devolvió las tarjetas y le manifestó “no digas nada porque sos boleta”, “nos vemos el lunes en el Banco Nación de calle Olegario V. Andrade porque necesito \$11.000” [...]. «El día 5 de noviembre de 2017 Mariel Moreno le envió [a la víctima] mensajes de whatsapp manifestándole “para el lunes tenes que tener \$19.000”, [mientras que], el día 7 de noviembre de 2017 le envió otro mensaje manifestándole “sin falta mañana a primera hora los 19.000 y están calientes, no me tomes por boluda Daniel no creo que quieras visitas” [...]. El día 8 de noviembre de 2017 por el mismo medio le manifestó “vemos no, tráelo por tu bien, están afuera, les voy a escribir para tranquilizar la situación, y dicen que [cierres] la boca y no hagas nada estúpido”. Finalmente, [el mismo día] siendo las 06:31 horas utilizando la misma vía le manifestó “Hola Daniel, hoy sin falta, los 6 por lo menos, hagamos las cosas bien”, ante lo cual, siendo las 09:00 horas aproximadas Daniel Schilardi, en la esquina de calle San Martín y Capitán de Fragata Moyano le entregó a Mariel Moreno la suma de [6.000 pesos] en sesenta billetes de cien pesos previamente fotografiados, como consecuencia de la intimidación sufrida.

A continuación personal de la Unidad Investigativa de Capital realizó la aprehensión de la sindicada, secuestrándose de su poder el dinero entregado por la víctima». Respecto de los tramos fácticos ocurridos en el cajero automático y en el supermercado, el tribunal entendió que la acusada obligó a la víctima, a hacerle entrega de dinero mediante intimidación, y señaló que resultaba claro que, en esas dos situaciones, Schilardi obró movido por el miedo que le habían producido las amenazas de Moreno de hacer daño a su hijo, su nuera, su nieto e incluso su ex esposa.

En este sentido, dijo que la voluntad de Schilardi estaba doblegada, no ya por el empleo de un arma de fuego sino por una amenaza seria y futura (ver fundamentos, fs. 500).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa articula recurso de casación contra la sentencia detallada en virtud de lo dispuesto en el art. 474 incs.1 y 2 del CPP.

En concreto, puesto que entiende que existe una errónea interpretación de la normativa procesal que ha derivado en una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto que la conducta atribuida a la imputada no encuadra en la figura penal de extorsión.

Según su criterio, la plataforma fáctica acusada indica que la víctima obró bajo la amenaza provocada con un arma de fuego, y no por temor a sufrir un mal grave y futuro, lo que determinaba la aplicabilidad del tipo penal de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada, y no del tipo de extorsión.

Explica que el tribunal de sentencia afirmó, erróneamente, que la víctima obró presa de amenazas cuando hizo entrega de dinero y mercadería a la acusada, y señala que, en ambas ocasiones, Moreno tenía en su poder un arma de fuego. Afirma que éste fue el elemento que doblegó la voluntad de Schilardi y no una supuesta amenaza. En este sentido señala que, si bien la acusada no exhibió su arma en el cajero automático y en el supermercado en los que, respectivamente, la víctima le otorgó dinero y mercadería, lo cierto es que el hecho de portarla, a sabiendas de la víctima, alcanza para tener por configurado el delito de robo. Con ello, apunta que el uso de amenazas es usual en el contexto de un robo, como parte de la violencia típica de dicho delito, y que ellas no tienen entidad para configurar la intimidación que requiere el delito de extorsión.

Formula reserva del caso federal.

III- El dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente y confirmarse la validez de la sentencia recurrida. Al respecto, repasa los fundamentos del tribunal de sentencia y afirma que la plataforma fáctica acusada ha sido acreditada con una correcta valoración de la prueba y, asimismo, ha sido adecuadamente subsumida.

Sobre el punto, repasa los criterios dogmáticos que distinguen los delitos de extorsión y de robo, y afirma que, ya sea porque entre el modo de intimidación utilizado por la acusada y la disposición patrimonial de la víctima hubo un intervalo de tiempo, sea porque en el caso concreto no hubo apoderamiento, sino disposición, o sea porque no existió una amenaza presente e inmediata o el anuncio de un mal físico inmediato; los comportamientos endilgados configuran el delito de extorsión.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver el recurso formulado por la defensa considero que corresponde su rechazo y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia cuestionada.

Ello, por los motivos que a continuación se exponen. Básicamente, el núcleo del planteo recursivo implica una disconformidad con la subsunción legal que el tribunal de sentencia ha considerado adecuada respecto de algunos de los hechos que integran la plataforma fáctica controvertida.

En concreto, considera que los tramos referidos a la extracción de dinero en un cajero automático y la compra de artículos en un supermercado, no pudieron ser subsumidos como casos de extorsión, sino de robo, en tanto que la fuerza intimidatoria con la que la acusada se hizo del dinero de la víctima y obligó a esta a realizar compras, provino del uso de un arma.

Al respecto, debe decirse que la defensa no ha dado adecuadas razones para explicar cuál es el interés que sustenta su pedido en esta instancia, este es, la casación de la sentencia por una errónea aplicación de la ley.

A fin de explicar la solución adelantada entiendo necesario hacer un repaso de los hechos controvertidos y sus calificaciones. Así, por un lado, la compulsa de la pieza acusatoria elevada a juicio oral indica que las amenazas proferidas por la acusada para que la víctima incorporara a su marido en un puesto laboral, fueron calificadas como hechos de «coacciones agravadas por el uso de arma».

A su vez, se encuadró como «robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud de disparo no pudo comprobarse» la sustracción de dos tarjetas de crédito de la víctima y la entrega exigida de dinero en un cajero y de mercadería en un supermercado. Luego, el uso de dichas tarjetas de crédito para el pago de gastos de la acusada fue calificado encuadrado como casos de «defraudación mediante el uso no autorizado de los datos de una tarjeta de crédito».

Finalmente, la acusación consideró que existieron dos supuestos de «extorsión» consumada y uno de «extorsión en grado de tentativa». Los primeros, al conseguir que la acusada que la víctima firmara un pagaré en blanco y le entregara \$ 6.000 como producto de maniobras de intimidación.

La segunda, al exigir la acusada la entrega de \$ 19.000 que la víctima no entregó pese a la intimidación sufrida (ver fs. 408/409).

Por su lado, en ocasión de abrir el debate, la representante del Ministerio Público Fiscal amplió la calificación por defraudación, al incluir el uso no autorizado de otra tarjeta de crédito y, luego, al alegar, dio argumentos que permiten afirmar que los hechos de robo y extorsión elevados a juicio permanecieron inalterados.

En este sentido, la fiscal indicó que la extorsión en grado de tentativa estuvo dada por la exigencia de \$19.000 mediante mensajes intimidatorios (ver soporte audiovisual, a partir de los minutos 13 y 31:14), y que la exigencia de suscribir un pagaré en blanco y la entrega de \$6.000 en la vía pública fueron casos de extorsión consumada (ver soporte audiovisual a partir del minuto 1:30:52).

Con ello además, al dar argumentos para fundar el monto de la pena solicitada, valoró en un sentido agravante del injusto que el amedrentamiento sufrido por la víctima, como producto de la extorsión, comenzó con posterioridad a los hechos ocurridos el 4 de noviembre -es decir, a los hechos ocurridos en el hotel alojamiento, el cajero y el supermercado-, llegando a su fin con la detención de la acusada el día 10 de noviembre (ver soporte audio visual, a partir del minuto 01:39:00).

Según entiendo, con lo dicho puede afirmarse que, a lo largo de todo el proceso, los representantes de la acusación entendieron que los hechos sobre los que la defensa basa su presentación aquí, no fueron casos de extorsión, sino de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada. No obstante, el tribunal de sentencia consideró que los dos casos de «robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud de disparo no pudo corroborarse», se configuraron respecto del apoderamiento de la billetera y el celular de la víctima en el hotel en el que ésta y la acusada se encontraron, y que los dos casos de extorsión consumada sucedieron con la entrega de dinero y mercadería en el cajero y en el supermercado respectivamente (ver fundamentos, fs. 499 vta./500).

Esta manera de proceder del tribunal podría resultar, prima facie, criticable, puesto que, sin mayores argumentos, **cambió la subsunción legal** de los hechos mantenida por el órgano acusador.

Sin embargo, no puede soslayarse que la defensa no ha dado precisiones mínimas capaces de explicar cómo es que la posición adoptada por el tribunal de sentencia le ha impedido defenderse, o cuál es el interés que intenta hacer valer con la calificación que entiende adecuada.

En efecto, si lo que el recurrente ha intentado poner de manifiesto es, por un lado, una vulneración del **principio de congruencia**, no ha dado detalles sobre cómo esta variación ha significado una dificultad en el ejercicio de su ministerio o una verdadera sorpresa para el acusado y su defensa en la tarea contradictoria (ver al respecto las causas «**Sosa Terrera**», «**Arzuza Villegas**», «**Saromé Dimarco**»).

Por otro lado, si la crítica se escuda en un error en la subsunción legal, no puede obviarse que, de aplicarse la calificación propuesta por la parte recurrente, no se advierte en la presentación del recurrente un interés capaz de apoyar la casación de la sentencia criticada.

Ello puesto que, aun cuando se afirmase aquí que los hechos sucedidos en el cajero automático y en el supermercado constituyeron casos de robos agravados, por ser cometidos con un arma de fuego cuya aptitud de disparo no fue comprobada, y, ello hiciera variar la escala penal aplicable, ello no repercutiría en la pena finalmente impuesta por el tribunal, toda vez que ésta refuta suficientemente la entidad y cantidad de demás hechos cometidos por la acusada y no controvertidos por la defensa.

Por ello, considero que la primera cuestión planteada debe ser respondida negativamente. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Mariel Moreno Cortinez a fs. 505/511 vta. y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos, obrantes a fs. 482/483 y fs. 486/500 vta. respectivamente.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

18- ORTIZ ROJAS. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcOrtiz.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo 1° supuesto del CP.

Vox: Amenazas. Valoración de la prueba. Reedición de argumentos del debate.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** (Hoy JPC) condenó a la señalada a la pena de **seis meses de prisión** de cumplimiento condicional por resultar autora del delito de amenazas simples (artículos 149 bis, primer párrafo, primer supuesto, 29 inc. 3°, 26, 40 y 41 del CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria, explica que el a quo no fundamentó adecuadamente la sentencia.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 2199, pronunciada por el Primer Juzgado Correccional - 3° CJ.*

Precedentes citados

α-SCJM

- L.S. 186-42, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Gómez Claudio Ariel
- Agüero Silva
- Mallon Balca
- Chavarría González

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo (Licencia). Adaro.

(H.Z.)

Fallo:

CUIJ: 13-04760880-9/1((038501-10018)) FC/ ORTIZ ROJAS CAMILA ANABEL P/ AMENAZAS (10018) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04760880-9/1 caratulada "FC/ ORTIZ ROJAS, CAMILA ANABEL P/ AMENAZAS S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa particular de Camila Anabel Ortiz Rojas interpone recurso de casación (fs. 41/50 vta.) contra la Sentencia N° 2199 (fs. 18/19) que condenó a la nombrada a la pena de seis meses de prisión con los beneficios de la condenación condicional, por resultar autora del delito de amenazas simples (artículos 149 bis, primer párr., primer supuesto, 29 inc. 3°, 89, 26, 40 y 41 del CP); fallo pronunciado en el Primer Juzgado Correccional del Fuero Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El juzgador ha tenido por acreditado que el 4 de febrero de 2018, aproximadamente a las 20:15 horas, las víctimas María Yamila Julián y Lucia Emilce Julián Guardia, se encontraban en su domicilio sito en Barrio San Nicolás M-B; C-2, distrito Ciudad del departamento de Junín. En ese momento Camila Rojas, desde la pared medianera de la vivienda, le manifestó a María Julián «que importa culiada hija de puta, vos no sos nadie, voy a entrar, te voy a reventar hija de puta, te voy a matar no me escuchaste que te voy a matar hija de puta, voy a entrar y te voy a reventar, te voy a matar, acá está re fácil para bajarse, te voy a robar todo lo que tenés ahí atrás, te voy a reventar el auto de piedrazos, te voy a matar hija de puta culiada te voy a hacer mierda, haceme todas las denuncias que quieras me importa una mierda, anda a denunciarme, te voy a reventar».

Para así decidir el tribunal valoró, específicamente, las declaraciones testimoniales de Vanesa Pamela Videla, de Gonzalo Contreras, de Marcos Battochia, de la víctima María Yamila Julián y demás instrumental.

2.- Recurso de casación

El recurso se funda en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP. La defensa considera que ha existido una errónea valoración de la prueba que ha incidido en la errónea aplicación de la ley sustantiva. Explica que el a quo no fundamenta adecuadamente la sentencia porque ha tomado como irrefutables pruebas que eran tan sólo indiciarias o que imponían otra interpretación.

Considera que en el caso concreto debió absolverse a Camila Anabel Ortiz Rojas por aplicación del el principio in dubio pro reo.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 69/71, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado, toda vez que, a su criterio, la defensa reitera los mismos agravios que fueron objeto de análisis en la sentencia cuestionada.

Agrega, además, que el juzgador ha valorado de manera global toda la prueba rendida. En particular hace referencia a las declaraciones de la víctima y de Lucía Emilce Julián Guardia, así como a la existencia del video que fue aportado como prueba y que echa por tierra la versión que dio la imputada respecto a que se encontraba en el techo solicitando amablemente una pelota y que fue agredida por la víctima.

4.- Audiencia oral.

Realizada la audiencia oral, el Dr. Chena Altamirano reiteró las consideraciones oportunamente expuestas al interponer el recurso de casación, solicitando la absolución de Ortiz Rojas. A su vez el Procurador Adjunto, Dr. Gonzalo Nazar remitió a lo dictaminado a fs. 69/71 y, solicitó el rechazo del recurso de casación interpuesto.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, del registro audiovisual de la audiencia de debate surgen una serie de circunstancias que, a mi criterio resultan imprescindibles tener en cuenta para la resolución del recurso articulado.

En primer lugar debe destacarse que entre la víctima, la imputada y su círculo familiar existían problemas de índole vecinal (registro audiovisual 10:15). En efecto, al prestar declaración la imputada dijo que la víctima le anunció que no le iba a devolver una pelota y que le decía que era «una negra de mierda» (registro audiovisual 11:11) y las insultaba (registro audiovisual 12:11), por lo que les devolvió el insulto «porque no iba a dejar que me insultaran».

A su vez, la testigo Vanesa Pamela Videla sostuvo en la audiencia de debate que la víctima manifestó que no les iba a devolver la pelota y comenzaron a insultarla (registro audiovisual 19:03). En el mismo sentido el testigo Gonzalo Contreras sostuvo que las chicas la insultaron, que se subió al techo y ahí comenzó a discutir y que la pelota no se la devolvieron.

Concretamente sostuvo que no escuchó las amenazas de muerte (registro audiovisual 25:37) y que Camila se defendió verbalmente. Por su parte, Marcos Battochia dijo que Camila se subió al techo, que comenzaron a discutir (registro audiovisual 30:33) y que la víctima le decía «chorra bájate de ahí arriba, que nos vas a robar» y que no hubo amenazas (registro audiovisual 31:05).

En el curso del debate, la defensa solicitó la absolución de Camila Anabel Ortiz Rojas (registro audiovisual 25:18) pues consideró que se trató sólo de una discusión vecinal y al exponer su teoría del caso negó esencialmente la existencia de amenazas de muerte dirigidas a María Yamila Julián.

Expresó que la víctima no sintió temor porque el registro filmico permite ver a la víctima en el momento en que buscó la pelota en la esquina de la propiedad y sostuvo que en caso de haber tenido temor hubiera salido en busca de ayuda, que la vida de las víctimas no ha cambiado para nada.

En conclusión, la defensa entiende que sólo hubo un altercado y la imputada se defendió de una agresión verbal ilegítima (registro audiovisual 23:53).

Con el relevamiento de las circunstancias acaecidas en el debate, no puedo dejar de señalar que en definitiva toda la presentación recursiva es una transcripción de los alegatos vertidos por la defensa en la audiencia oral.

Esta circunstancia demuestra que el recurso presentado es una simple reedición de argumentos tratados en la instancia anterior y adecuadamente rechazados (ver al respecto **precedentes «Gómez Claudio Ariel»; «Agüero Silva»; «Mallon Balca» y «Chavarría González»** entre otros).

No obstante la falencia destacada encuentro que el juzgador ha cumplido el deber de fundamentación conforme las reglas de la sana crítica racional. Veamos.

El juzgador conforme la prueba obrante en autos, optó por la hipótesis de la titular del Ministerio Público Fiscal esto es, en definitiva, que el hecho probado encuadraba en el delito de amenazas y consideró que esa era la subsunción legal correcta.

Para así concluir, otorgó credibilidad al testimonio de las hermanas Julián, – víctima respecto de quiénes el juzgador de modo expreso sostuvo que, a raíz del suceso vivenciado, cambiaron el ritmo de sus vidas y que ya no gozan de la libertad que tenían antes del suceso.

Además debe señalarse que en los fundamentos orales se consignan las razones por las que el juzgador descartó la legítima defensa propuesta por el defensor. Ello toda vez que el a quo entendió que Ortiz Rojas pretendió ingresar a la propiedad de las víctimas, a la vez que les profería insultos intimidantes. Esto encontró respaldo en la filmación en donde se pudo observar que Emilce Ortiz, hermana de la imputada impidió que ésta descendiera por la pared medianera al patio de la vivienda de las víctimas.

Con estos aspectos acreditados, el juzgador descartó la causal de justificación, precisamente por haber tenido acreditado que existió una provocación suficiente, lo que conduce a desestimar el planteo defensivo.

Con estas razones, según entiendo se impone el rechazo del remedio intentado, desde que el recurso promovido, con la atribución de vicios en la motivación de la sentencia, aparece basado en afirmaciones propias y en razonamientos que fragmentan por su selección, la valoración de los elementos probatorios de la causa.

De tal manera que la impugnación resulta una discrepancia con la labor intelectual realizada por el tribunal de mérito en la fundamentación del fallo, sin lograr desvirtuar su validez.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 41/50 vta., por la defensa de Camila Anabel Ortiz Rojas.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.

19- NARVAEZ. 23-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	CR	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcNVJ.pdf

Lex: Art. 149 bis 1° párrafo, 2° supuesto del CP. art. 239 del CP. art. 16 y 31 de CN. Art. 7 Constitución de Mendoza. Convención Belem Do Pará. Ley 26485. art. 206 y 409 del CPP. Ley 27499.

Vox: VG. Amenazas. Arma blanca. Desobediencia. Valoración de la prueba. Violencia de género. Perspectiva de género. Testimonio de la víctima.

Summa:

El JPC condenó al señalado a la pena de **un año y quince días de prisión** de cumplimiento efectivo, como autor penalmente responsable de los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma blanca (art. 149 bis, 1º párrafo, segundo supuesto del CP) y del delito de desobediencia (art. 239 CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios sustanciales y formales que la invalidan como tal.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 88, pronunciada por el JPC N° 2- 2° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177
- Galdeano Reyes. 30-07-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Di Cesare Morales. 26-06-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Mejía Salvador. 10-09-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf
- Morales Quiroga
- Cruz Caporiccio. 17-12-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcCCE.pdf
- Merlo Lassa. 17-12-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez. 22-08-19. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcOPJ.pdf
- Ontivero Arancibia
- Concha Jesús. 20-09-18. https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencias del 31 de agosto de 2019, párr. 89
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

Doctrina citada.

UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia, Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66

Parágrafos destacados

“Como he tenido oportunidad de referir en anteriores pronunciamientos, la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional. Así, se han establecido lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que suponen una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima. Ello,

teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres” (Voto Dr. Adaro)

“Es por todo ello que entiendo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.” (Voto Dr. Valerio)

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

(V.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04780875-2/1((028502-502312)) FC/ N. V. J. A. P/ AMENAZAS (502312) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104859647*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04780875-2/1 caratulada “F. C/ N.V. J. A. POR AMENAZAS S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial de Javier Alberto Narváz Videla interpone recurso de casación contra la sentencia N° 88 (fs. 320/321) que lo condenó a la pena de un año y quince días de prisión de cumplimiento efectivo, con autor penalmente responsable de los delitos de amenazas agravadas por el uso de arma blanca (art. 149 bis, 1º párrafo, segundo supuesto del CP) y del delito de desobediencia (art. 239 CP). El fallo fue pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la causa N° 502.992/18, el tribunal de sentencia ha tenido por acreditado que el 27 de octubre de 2018, a las 12:40 horas, en la calle ..., se inició una discusión entre J.A.N y M.G.O.M.. En ese contexto N. tomó un hierro manifestándole: «si te vas voy a romper todo, cuando vuelvas no vas a encontrar nada». Ante esa situación O. tomó un cuchillo de unos 33 cm de largo, con cabo color blanco, y es allí que N. le sacó el cuchillo de la mano y lo colocó en la garganta de O., amenaza que fue idónea para crear un estado de temor en la víctima.

A su vez, en la causa N° 503.012/18, el tribunal de sentencia tuvo por acreditado que el 24 de diciembre de 2018, a las 02:40 horas, en el domicilio ubicado en calle ..., J.A.N, desobedeció una prohibición de acercamiento y todo tipo de hostigamiento dispuesta respecto de M.G.O.M., debidamente notificada el 27 de octubre de 2.018 en el marco de las actuaciones sumariales N° 2.755/18.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 incs. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios sustanciales y formales que la invalidan como tal.

El recurrente considera que no ha quedado probado, con el grado de certeza requerido para una sentencia condenatoria, que los hechos hayan ocurrido del modo en que el juzgador los ha tenido por acreditado. Expresa que el a quo no ha valorado adecuadamente la declaración del imputado, quien en todo momento negó los hechos. Agrega que esta manifestación del imputado concuerda con toda la prueba rendida y que la misma acredita que el hecho no ocurrió como lo expuso la titular del Ministerio Público Fiscal y como lo tuvo acreditado el sentenciante.

Destaca la defensa que M.O. también fue conteste con los dichos del imputado y que G.O., hermana de la víctima, dijo que no vio cómo ocurrieron los hechos, pero que sí escuchó los gritos y una discusión. A

su vez, destaca la declaración de H.L., que intervino en el procedimiento y manifestó que el cuchillo estaba sobre la mesa, y que el imputado al ser aprehendido se encontraba tranquilo y no ofreció resistencia.

En definitiva, la defensa considera que debe absolverse al imputado, dado que no concurren los presupuestos objetivos y subjetivos de las figuras penales por las que resultó condenado, agregando que el imputado nunca quiso ni tuvo intención de amedrentar a su esposa.

Se agravia igualmente por la errónea aplicación de la ley sustantiva en relación al delito de desobediencia toda vez que, si bien existía una prohibición de acercamiento, el imputado y su esposa un mes antes de que ocurriera el hecho habían acordado retomar la convivencia. Sostiene el defensor que su asistido ignoraba que tenían que «levantar» la prohibición de acercamiento en el juzgado de familia. Concluye su reclamo al expresar que «si hay un error sobre el presupuesto típico que era la vigencia de la orden ya sea un error vencible o invencible, decae la tipicidad de la conducta, ya que en ambos casos se elimina el dolo y no existe una figura culposa del delito de desobediencia».

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 357/358 vta. el señor Procurador General contesta la vista y aconseja el rechazo del remedio intentado. En ese sentido entiende que la modificación en los dichos de la víctima durante el debate es propia del denominado ciclo de la violencia de género que se verifica en diversas etapas: acumulación de tensión; golpe o de la violencia propiamente dicha; y, luna de miel. En esta última es en donde se realizan todas estas retractaciones, que duran un tiempo, hasta que se vuelve a acumular tensión y se produce nuevamente la violencia.

En la misma dirección entiende que debe rechazarse el agravio relativo al supuesto error en el que habría incurrido el imputado, en relación a la vigencia de la prohibición de acercamiento. Ello pues, a su criterio, en la notificación de la prohibición de acercamiento se pone en conocimiento que la violación de la misma constituye delito, y que cualquier determinación que se tome en cuanto a la modificación de la prohibición debe ser comunicada al juzgado para que evalúe la autorización de acercamiento.

En conclusión, considera que debe rechazarse el recurso toda vez que no advierte arbitrariedad y la valoración de la pruebas e indicios se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, así como la aplicación del derecho sustantivo ha sido correcta en la sentencia recurrida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación. Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros); lo que en la especie no ocurre.

Dicho cuanto precede, abordaré el tratamiento de los vicios formales relativos a la valoración del plexo probatorio y en particular de la declaración testimonial de la víctima que, a criterio del recurrente, ha sido meritada erróneamente por parte del juez de anterior instancia.

Como he tenido oportunidad de referir en anteriores pronunciamientos, la violencia contra las mujeres por razones de género ha merecido un especial amparo tanto a nivel supranacional como nacional.

Así, se han establecido lineamientos claros en materia de interpretación de la prueba que suponen una amplitud en los estándares probatorios y una especial ponderación del testimonio de la víctima. Ello,

teniendo en cuenta en el contexto valorativo la particular situación de vulnerabilidad de este sector de la población y las implicancias que el ciclo de violencia genera en la personalidad de las mujeres.

En este sentido, expresamente he referido que la violencia contra las mujeres constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales ... el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no excluyentemente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género» (ver al respecto «**Galdeano Reyes**»). Sostuve también en el citado precedente, que como primer orden de dificultad advertía que las normas procesales que regulan la adquisición, producción y valoración de la prueba son neutrales al género; es decir, no establecen lineamientos específicos en orden al tratamiento de este fenómeno.

Es por ello que resulta imperante un constante control de la aplicación de los estándares de convencionalidad en la valoración de la prueba, a fin de garantizar una efectiva prestación de servicio de justicia con perspectiva de género y, colateralmente, evitar posibles responsabilidades internacionales. Así, en el precedente «**Ontiveros Arancibia**» sostuve que «...si bien la aplicación del orden supranacional y el ejercicio del control de convencionalidad deben ser llevados a cabo, prima facie, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podemos dejar de evaluar que también los órganos públicos internos nacionales se encuentran obligados a su aplicación y ejercicio, con anterioridad a que la causa bajo cuestión llegue a los estrados de estos órganos institucionales supranacionales, ya que la intervención y conocimiento de éstos se establece solo de forma subsidiaria a los órganos internos estatales».

Por otro lado, en lo que respecta a la investigación criminal como garantía del derecho a la verdad, interesa destacar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH y CIDH respectivamente), han sostenido que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con los derechos a las garantías judiciales y de protección judicial, los cuales se encuentran establecidos en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana, así como en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (Cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr. 66).

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos. Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (sobre la cuestión, ver lo señalado en «**Concha, Jesús**»).

Por todo lo expuesto entiendo que corresponde analizar la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal conforme los parámetros antes referidos.

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática. Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda. Es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retracción de lo primigeniamente denunciado, tal como aconteció en el caso bajo estudio.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios omite toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima. Veamos.

Para el juzgador tuvo relevancia, para la reconstrucción y acreditación de los hechos investigados, no sólo la declaración de la víctima, sino también el testimonio de su hermana G.N.M.O.M.. Ello en tanto esta última dio cuenta del conflicto que la noche del 27 de octubre de 2018 tuvo como protagonistas al imputado y a G.M.O.M y que a raíz del mismo se solicitó la intervención de la policía (ver declaraciones de M. V.S.B. y del Oficial Principal G. H.L.O.).

En relación a las pretendidas contradicciones destacadas por el recurrente, el a quo tuvo en cuenta la declaración de la Lic. Car quién destacó que la declaración de la víctima prestada en la audiencia de debate presentó variaciones y evidenció una actitud de ocultamiento de lo sucedido, minimizando el hecho para favorecer al imputado (fs. 327 vta.).

A su vez, del informe del Cuerpo Médico Forense se constató que la víctima presentaba indicadores de sometimiento sostenido en el tiempo y angustia compatible con los episodios relatados. De tal modo «... al momento del examen y conforme a lo evaluado, la valoración clínica estructurada arrojaba indicadores de riesgo de violencia física alta» (fs. 290 y vta.).

Debe tenerse en cuenta que el valor de la declaración de la víctima en ilícitos como el que se investiga resulta de fundamental importancia, no solamente como sujetos pasivos de delitos que atentan contra derechos que son inherentes a su propia personalidad sino, además, porque se caracterizan por producirse en ausencia de otras personas –más allá de la víctima y el agresor o los agresores– (sobre la cuestión, ver Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencias del 31 de agosto de 2019, párr. 89).

Por lo tanto, entiendo que la valoración de los medios de prueba se llevó a cabo adecuadamente respetando los parámetros señalados precedentemente y en base a ello y al no verificarse los vicios señalados corresponde su rechazo.

De igual manera entiendo que corresponde rechazar el agravio expuesto en relación al delito de desobediencia en tanto la defensa afirma que, tanto el imputado como su esposa, desconocían que debían informar al órgano jurisdiccional que impuso la medida de restricción de cualquier modificación al respecto.

En este sentido considero que el agravio no se compadece con las constancias de la causa, puesto que J.N. fue debidamente informado de las consecuencias del quebrantamiento de la orden. Por un lado debe considerarse que las circunstancias alegadas por la defensa no tienen sustento en las constancias de la causa. Por el otro, es necesario señalar que la restricción impuesta obedeció a la situación de vulnerabilidad de la víctima producida por la violencia de género, de manera tal que al existir conocimiento cierto por parte de N. entiendo que no corresponde la inexigibilidad de la conducta reclamada. En razón de lo señalado, debe desestimarse el agravio en análisis.

Por lo expuesto, y en opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

Puesto a resolver el recurso casatorio promovido coincido con la solución a la que llega mi colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en **«Di Cesare Morales»** y **«Mejía Salvador»** por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

Comparto las conclusiones a las que arriba mi colega de Sala en relación a la improcedencia del recurso casatorio interpuesto. Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en cuestiones de violencia de género, entiendo oportuno remitirme a lo que he señalado en los precedentes **«Morales Quiroga»**, **«Cruz Caporiccio»**, **«Merlo Lassa»** y **«Ojeda Pérez»**.

Particularmente en esta última ocasión sostuve que «... comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia, Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017). Destaco la idea de igualdad contenida en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino también, en el ámbito de la normativa internacional. Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” -Belem Do Pará-, garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”)).».

También en esa ocasión señalé «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)». Así, «... ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley. Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16). Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas». De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcal inquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”), Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba – objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas».

Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio. Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

También sostuve en la causa 13-04258298-5 «ASVM en juicio 158357...» en relación a la ley 26.485 que entre sus principales objetivos se encuentran «la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida», «el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia», «las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos», como también, «la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres» (art 2, inc. a, b, c y e respectivamente).

Agregué que estrechamente relacionado con esos postulados, el texto de la ley reforzó el «deber jurídico» que, sobre todos los operadores del sistema de administración de justicia pesa. Añadí que en el ámbito propio de la actuación de los órganos de justicia, la ley contiene dos normas que consagran lineamientos funcionales para los operadores judiciales al momento de abordar la problemática de género, estableciendo el principio de «amplia libertad probatoria» para dar por probados «los hechos denunciados» ponderando las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

Es por todo ello que entiendo que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo. A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables.

En razón de las consideraciones señaladas, considero que aquel método de valoración no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento.

En función de lo expuesto pongo de resalto la relevancia de la ley 27.499 «Ley Micaela», en tanto dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, en cumplimiento del objetivo señalado.

En este mismo orden, corresponde también mencionar la Acordada N° 29.318 y su anexo «Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia» del 3 de septiembre de 2019, instrumentos que en aras del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, dispone una serie de acciones concretas para asegurar la igualdad real en las relaciones interpersonales.

Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto. Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas. En definitiva considero que la trascendencia de la ley 26.485 radica no en conformar un estatus jurídico distinto aplicable a la mujer, sino que mediante la capacitación dirigida a los funcionarios públicos y, en lo que aquí interesa a funcionarios y magistrados del poder judicial, se otorgue una nueva perspectiva para valorar los elementos probatorios. Esto es una mirada llevada a cabo bajo el prisma de la igualdad consagrada en la normativa nacional, despojada de estereotipos y prácticas relacionadas con la cultura jurídica patriarcal -inquisitiva, plasmada en usos y costumbres que importaron e importan prácticas que impiden poner en contexto los medios convictivos al momento de su ponderación.

Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de J.A.N.V..
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministr

Capítulo VII.

Delitos contra la propiedad. Robos y Hurtos.

CAPÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Robos y Hurtos.

1- ORO. 26-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	NNA	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														495

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190326_FcOSR.pdf

Lex: Art. 165 del CP. Art. 1, 4 y 8 del Decr. /Ley 22278. Arts. 115, 116 y 148 de la Ley 6354. Ley N° 22803.

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Tratamiento tutelar. Derecho penal juvenil. Recurso de revisión.

Summa:

La **Primera Cámara del Crimen** condenó al nombrado a la pena de **veinte años de prisión** como autor del delito de homicidio con motivo u ocasión de robo (arts. 165 del Código Penal y art. 1 y 4 de la Ley N° 22.278 y Ley N° 22.803)

La **defensa** interpone recurso. (Art. 474 y 495 del CPP)

El **Procurador General** entiende corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y anular la sentencia impugnada, únicamente en relación a la **penalidad** impuesta.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de revisión interpuesto, remitiendo estos obrados al TPC a fin de que se dé cumplimiento a lo ordenado por este Cuerpo en el punto 3°) del resolutive, y, en caso de que se haya procedido conforme se dispuso en aquella oportunidad, se corrija cualquier anomalía que haya impedido agregar las constancias respectivas.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4439. Primera Cámara del Crimen- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Roldán Cajal. 05-05-16: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

El principio de especialidad del fuero penal juvenil garantiza a los jóvenes en conflicto con la ley penal un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso, aún en la etapa de ejecución de la sanción impuesta. Unificación de penas.

- Ríos Vallejos. 23-12-14: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Texto:

Corresponde declarar la nulidad absoluta de la sentencia condenatoria dictada en violación a las reglas del debido proceso penal juvenil, debiéndose en consecuencia, absolver al imputado y ordenar el archivo de las actuaciones puesto que no resulta posible reeditar la aplicación de dicho régimen para un acusado que ya ha superado la mayoría de edad.

La imposición de condenas a **penas perpetuas** privativas de libertad a menores de edad, resulta incompatible con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial con las exigencias del Derecho Internacional de protección de los derechos de niños y adolescentes. En consecuencia, constituye un acto susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado.

b-CSJN

- Maldonado. 07-12-05: <https://www.unicef.org/argentina/media/9891/file>
[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206 - dinai - jurisprudencia - fallos comentados - freedman - Web 2.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/0206_-_dinai_-_jurisprudencia_-_fallos_comentados_-_freedman_-_Web_2.pdf)

c-CIDH

- Mendoza y otros vs. Argentina. 08-05-12:
https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=388
- Mendoza y otros vs. Argentina. 23-09-21
https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mendoza_23_09_21.pdf

Sumilla: El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias. Asimismo, por la falta de tratamiento médico a un interno, y por la falta de investigación y sanción de los responsables de un acto de tortura. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Doctrina citada

CAFFERATA NORES – TARDITTI, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Editorial Mediterránea, 2003, Tomo II, págs. 514 y 515.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Garay.

Ver este fallo en el capítulo I.

(E.A.)

2- VERGARA JUAN MARCOS. 12-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC N° 1 - 2° CJ condenó al Sr. Juan Marcos Vergara a la pena de **seis años de prisión** como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2, 1° parte del CP).

La defensa interpone recurso y cuestionó la valoración probatoria así como la falta de fundamentación en referencia al quantum de la pena.

El Fiscal Adjunto en lo Penal de Procuración General estimó que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido y confirmar la sentencia impugnada por no resultar la crítica sustancialmente procedente.

La SCJM rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 203, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

Parágrafos destacados.

Así, todos estos indicios reunidos resultan plurales, graves, concordantes y concurrentes y logran dar crédito a la hipótesis acusatoria sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el sentido de que Juan Marcos Vergara es uno de los autores del hecho, por lo que la decisión tomada por la jueza resulta acertada sin que los agravios promovidos logren conmovérla.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

Fallo:

CUIJ: 13-04572669-4/1((028601-32182)) F. C/ VERGARA JUAN MARCOS P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMA (32182/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*104655313*

En Mendoza, a los doce días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04572669-4/1 caratulada "Fc/ Vergara, Juan Marcos P/Robo agravado por uso de arma s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Omar A. Palermo, segundo Dr. Mario D. Adaro y tercero Dr. José V. Valerio.

La defensa de Juan Marcos Vergara a fs. 217/225 interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 203 de fs. 201 y sus fundamentos de fs. 203/209, en tanto condenó al nombrado a la pena de seis años de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2 primera parte del Código Penal).

El pronunciamiento fue dictado por la Dra. María Eugenia Laigle del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, en autos N° P-32.182/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

1.- Sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso, estableció que «[...]surge sin ninguna duda razonable que el acusado Juan Marcos Vergara alrededor de las 23:30 hs. del día 16 de abril del corriente, interceptó junto con otra persona no identificada, a Carlos Páez Oro y Valeria García cuando circulaban en motocicleta por calle Tulio Angriman, entre 700 y 1000 metros hacia el este de calle Ballofet, y mediante la exhibición de los **dos cuchillos** que llevaban, ejercieron violencia sobre ellos, tirando al piso a Páez y apuntándole con el arma blanca. Así, Vergara y su compañero lograron apoderarse de la moto, dos cascos, la billetera de Páez con alrededor de \$700, su DNI tarjeta y documentación, y los dos teléfonos celulares que las víctimas llevaban, para retirarse en la moto sustraída » (fundamentos, fs. 204 vta.).

Para así decidir la jueza ponderó las declaraciones testimoniales brindadas en el debate por Carlos Alberto Páez, Valeria García, Gimena Lucero, Ricardo Pérez, Debora Martínez, Cesar Olguín, Lorena Ibañez e Ivana Olguín, como el resto de la prueba debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474 del C.P.P.

El recurrente se agravia por cuanto sostiene que no se encuentra acreditada la autoría de su defendido en el hecho atribuido.

Ello así por cuanto considera que se ha valorado arbitrariamente la prueba para llegar a las conclusiones contenidas en los fundamentos de la sentencia y afirma que la motivación es contraria a las reglas de la sana crítica racional.

Señala el recurrente que en audiencia de debate su defendido prestó declaración indagatoria negando el hecho endilgado.

Relata que aquél dijo haberse encontrado en la casa de su tía a quien debía cuidar, que fue a comprar a un kiosco a la salida del asentamiento por calle Tulio Angriman y lo detuvo un móvil policial, que nunca vio la motocicleta que estaba en el lugar.

Cuestiona la falta de un reconocimiento de cosas para determinar que la campera que tenía al ser aprehendido su defendido fuese la que llevaba el autor del hecho.

Critica que no se levantaron huellas de las cosas secuestradas en el domicilio de Santiago González ya que habría resultado prueba objetiva de la participación de Juan Marcos Vergara en el hecho.

Considera que la descripción de la campera dada por las víctimas resulta vaga sin aportar mayores detalles, tan solo los colores sin dar cuenta sobre si poseía escudos ni especificaron las mangas.

Añade que la prenda secuestrada no tiene la franja que describen los testigos ni tres colores intercalados azul, amarillo, azul. Pone de resalto que a su defendido no se le secuestraron objetos que compongan la res furtiva.

Cuestiona la valoración efectuada por la jueza de las declaraciones testimoniales prestadas por Carlos Páez y Valeria García. Afirma que aquellos no estuvieron en condiciones de reconocer a los autores del hecho y considera que no han detallado las vestimentas que vestían los agresores.

Así, en relación a las prendas que usaba su defendido al ser aprehendido señala que no describieron las franjas blancas de su pantalón; que difiere la descripción de la campera; y que la ponderación de estatura llevada a cabo por García no concuerda con la altura de su defendido. En relación a las armas secuestradas señala que Páez en el reconocimiento de cosas de fs. 109 dijo que el cuchillo utilizado era el que tenía en ese acto el número 2, no resultando éste uno de los secuestrados.

Pone de resalto la actitud de Vergara que no se resistió a la aprehensión, y que –a su criterio– no sería la conducta de quien habría participado en un hecho delictivo.

Critica la valoración de las testimoniales de Ibáñez y de Ivana Olgún sosteniendo que tal labor fue arbitraria por cuanto no coincide en que resulten mendaces.

Concluye que no se ha logrado destruir el estado jurídico de no culpabilidad de Juan Marcos Vergara por lo que no resulta posible validar la sentencia condenatoria.

Por otro lado cuestiona la tarea llevada a cabo por la jueza al momento de **individualizar la pena**. Afirma que su defendido fue condenado a la pena de seis años de prisión sin tomar en cuenta varios ítems. Señala que al exponerse el razonamiento que motivó el quantum de la pena se atenta contra la posibilidad de llevar a cabo un control de lo resuelto, dejando al condenado casi en estado de indefensión.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto

A fs. 234/235 se expide el señor Fiscal Adjunto en lo Penal de Procuración General quien luego de examinar los agravios promovidos considera que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan Marcos Vergara y confirmar la sentencia impugnada por no resultar la crítica sustancialmente procedente.

Considera que el recurso gira en torno a negar o poner en duda la intervención del encartado en el hecho, para ello cuestiona la valoración de las testimoniales rendidas en el debate.

Recuerda el límite fáctico que la inmediación impone al control casatorio, sobre todo en relación a lo que las víctimas dijeron en el debate y el valor convictivo asignado por la jueza a quo, y señala que la sentencia se encuentra debidamente fundada.

Expresa que las declaraciones fueron calificadas como sinceras y objetivas valorándose que las víctimas son personas de trabajo, humildes, muy jóvenes y que informaron en lenguaje claro y sencillo la situación vivida. Entiende que esa valoración es incuestionable en esta instancia casatoria.

Señala que el cuchillo de mango negro fue reconocido por las víctimas como el empleado por el autor del hecho para ejecutar el asalto y que el arma blanca fue encontrada en lugar próximo al que ocurrieron los hechos y la aprehensión del imputado.

Agrega que la aprehensión se llevó a cabo en situación de presunta flagrancia y que la jueza valoró que el imputado presentaba rastros que le hicieron presumir que había participado en el delito, puesto que se encontraba escondido tras un arbusto, en una noche oscura y fría sin poder explicar satisfactoriamente tal extremo.

También se examinaron las declaraciones de los testigos de descargo y explicó la jueza que no existía en autos indicios o datos que les otorgaran credibilidad, y las calificó como aisladas, descontextualizadas y plagadas de contradicciones. Entiende que la valoración del plexo probatorio ha sido completa conforme surge de los fundamentos de la sentencia.

Por último, y en relación al monto de pena impuesto, considera que éste es cercano al mínimo de la escala penal prevista en abstracto y la jueza ha ponderado debidamente las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en el caso concreto, por lo que también este agravio debe ser rechazado.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Examinadas las constancias de la presente causa, adelanto mi opinión en el sentido de que el remedio casatorio no puede ser acogido favorablemente y, en consecuencia corresponde confirmar el acto sentencial puesto en crisis; ello, por los motivos que a continuación se exponen.

En primer lugar corresponde señalar que la crítica formulada por el recurrente se centra en negar la autoría de Juan Marcos Vergara en el hecho atribuido. Asigna el error a la arbitraria valoración de la prueba que derivó en una motivación que no respeta los principios de la sana crítica racional.

Contrariamente, entiendo que la tarea de valoración de los elementos probatorios ha sido llevada en forma correcta por la Sra. Jueza respetando las reglas de la sana crítica racional, la lógica y la experiencia. Así, en relación a la referencia formulada por el recurrente en torno a la versión aportada por su defendido advierto que el relato de éste fue debidamente valorado por la jueza a quo, quien calificó tales manifestaciones como **“un débil intento de desarticular el serio cuadro cargoso reunido, que de ninguna manera resulta eficaz para lograr el fin perseguido”** (fs. 207).

Las falencias detectadas por el recurrente respecto a la ausencia de producción de pruebas que acrediten la autoría por parte de su defendido, tales como la falta de reconocimiento de objeto –específicamente la campera– y la ausencia de toma de huellas dactilares en los objetos secuestrados, no logran conmover las conclusiones a las que llega la jueza al haber reunido y ponderado los indicios de cargo que la llevaron a sostener, en criterio que comparto, que Juan Marcos Vergara resultó uno de los autores del hecho.

En efecto, de los fundamentos de la sentencia se desprende que la jueza valoró a tal efecto que los efectivos policiales, luego de tomar conocimiento del hecho se dirigieron hacia el lugar donde las víctimas indicaron que los autores del suceso habían huido a bordo de la moto sustraída. Toda vez que la motocicleta tenía escape libre –conforme señaló Carlos Páez (víctima)–, los efectivos policiales siguieron el ruido que producía. Al dejar de escuchar los sonidos del vehículo, inspeccionaron la zona y hallaron la moto detenida. Constataron así que se trataba del vehículo cuya sustracción se había denunciado, puesto que se correspondía con la descripción aportada. Al tocar la moto notaron que aún estaba caliente. Por

su parte, debe destacarse que Juan Marcos Vergara fue aprehendido a metros del lugar, por el auxiliar Ricardo Pérez, oculto tras unas plantas y vistiendo una campera de similares características a las que describieron Páez y García -ocupantes de la moto sustraída-.

A tales elementos acertadamente la jueza sumó que a las pocas horas –primeras del día siguiente del hecho- se encontraron parte de los objetos sustraídos y dos cuchillos y que tal hallazgo se produjo en las cercanías del lugar donde se encontró la motocicleta y se aprehendió a Vergara en la misma calle –Tulio Angriman– por la que los autores del hecho se dieron a la fuga.

También debe destacarse que la jueza ponderó el reconocimiento de las armas halladas por parte de Páez y García (fs. 109 y 110), quienes indicaron que el elemento que tenía el número 3 (una de las armas secuestradas) se trataba del cuchillo utilizado en el evento, por el sujeto que vestía la campera con los colores del club Boca Junior. Al respecto Páez señaló que ésa era el arma utilizada en el evento por cuanto el filo de su hoja brillaba y era más largo (fs. 109 vta.); en tanto que García manifestó que estaba segura que era ese cuchillo por cuanto lo reconocía por el largo del filo (fs. 110 vta.). De tal manera la referencia al cuchillo identificado con el número 2 en el acto de reconocimiento por parte de Páez, quien dijo “podría ser el otro cuchillo” (fs. 109 vta.), no desmerece el resto de las conclusiones que se desprenden del acto de reconocimiento.

Tampoco conmueve los fundamentos de la sentencia que Valeria García no haya advertido las franjas blancas del pantalón que usaba Vergara, ni la diferencia de estatura expresada por ésta en las ocasiones en que prestó declaración, toda vez que surge que ante la pretendida contradicción la testigo indicó (constancia registro audiovisual del día 1/10/18, 01.01.00) que el autor era más alto que ella, luego de admitir que no sabía de alturas, ni podía indicar su propia estatura.

En otro orden discrepo con la trascendencia que asigna el recurrente a las características de la prenda secuestrada –campera– y si la misma pertenecía o no al Club Boca Junior, si los testigos estuvieron en condiciones de ver el escudo que presenta. Conuerdo con el criterio sostenido por la jueza en cuanto a que la referencia a los colores –amarillo y azul en franjas– denotan la similitud entre la prenda descripta y aquella que vestía Vergara al ser aprehendido. Por otro lado no comparto el criterio sustentado por el defensor en cuanto a que los colores mencionados no se presentan en franjas horizontales. Conforme surge de la audiencia de debate, al ser solicitada la campera por el recurrente (audiencia del día 3/10/18 minuto 45:44), es posible apreciar que los colores mencionados por los testigos se encuentran dispuestos en la prenda en forma de franjas horizontales alternando los colores tal como los describen Páez y García. Así, todos estos indicios reunidos resultan plurales, graves, concordantes y concurrentes y logran dar crédito a la hipótesis acusatoria sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el sentido de que Juan Marcos Vergara es uno de los autores del hecho, por lo que la decisión tomada por la jueza resulta acertada sin que los agravios promovidos logren conmovérla.

Por los motivos expuestos, y toda vez que no se verifican los vicios promovidos en relación a la fundamentación de la sentencia, es que corresponde confirmarla en este sentido.

Por último, y en relación a la queja esgrimida contra la **individualización de la penalidad** asignada al imputado por el hecho atribuido, considero que tampoco corresponde acoger la crítica formulada por el recurrente.

Afirma el defensor que se aplicó a Juan Marcos Vergara la pena de seis años de prisión sin que se hayan valorado ítems ni haber expuesto el razonamiento que determinó la cantidad de pena a aplicar, circunstancia que no permite controlar la decisión en ese sentido.

Como señalé discrepo con el agravio formulado. En primer lugar la jueza luego de exponer los **límites mínimos y máximos** asignados por la ley para el hecho atribuido (cinco a quince años de prisión), señaló las circunstancias que estimó como **agravantes** y valoró al efecto la cantidad de agresores (dos), que actuaron aprovechando las horas de la noche en una zona en la que debido a la escasa circulación de personas les proporcionaba dominio de la situación; los motivos que lo impulsaron a cometer el hecho; la posibilidad de ganarse el sustento; y, en relación al daño ocasionado, consideró que las consecuencias provocadas en las víctimas operaban también acrecentando la necesidad de pena a imponer al imputado por el hecho. Por otro lado, consideró como circunstancias **atenuantes** la juventud de Vergara y la falta de antecedentes penalmente computables.

De tal manera entiendo que la magistrada ha expuesto los argumentos en base a los cuales impuso pena al imputado, situando ésta muy cercana al mínimo legal.

En segundo lugar, advierto que el recurrente, más allá de criticar que la falta de análisis de ítems, vicia la penalidad impuesta, no señala debidamente cuales circunstancias –atenuantes– implicarían una reducción en el monto individualizado y cómo éstas operarían en tal sentido.

Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Juan Marcos Vergara debe ser rechazado.

ASÍ VOTO.

Voto Dres. Adaro y Valerio. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y José V. Valerio adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y José V. Valerio adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Diego Martin Sierra en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y José V. Valerio adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 217/225 por el defensor técnico de Juan Marcos Vergara.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Diego Martin Sierra en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

3.- Tener presente la reserva federal efectuada.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

3- RAMIREZ y ot.. 20-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	CO P2°	-	CI	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=19>

Lex: Art. 45, 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del CP.

Vox: Homicidio en ocasión de robo. Arma de fuego. Poblado y banda. Concurso ideal. Coautoría. Participación secundaria.

Summa:

La **Sexta Cámara del Crimen** condenó a:

a-Jeremías Ramírez a la pena de **dieciocho años de prisión** como **coautor** penalmente responsable del delito de **homicidio en ocasión de robo agravado por la utilización de arma de fuego**, en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 45, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del C.P.) y

b-Gimena Arce a la pena de **siete años de prisión** como **partícipe secundaria** en delito de homicidio en ocasión de robo agravado por la utilización de arma de fuego, en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 46, 165, 41 bis, 54 y 167, inc. 2° del C.P.)

Las **defensas** interponen recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido, puesto que no existe arbitrariedad en la valoración de las pruebas e indicios, la que entiende se ha efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, además de ser correcta la aplicación de la ley sustantiva en la sentencia recurrida.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto y en consecuencia confirmar la sentencia dictada.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4794, pronunciada por la Sexta Cámara del Crimen- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Vildoza Soria. 25-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Barrionuevo Tarragona. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190503_FcBTD.pdf

Parágrafos destacados

“...En efecto, en la coautoría los intervinientes toman parte en un hecho, dividiéndose el trabajo. Al tomar parte en la realización del delito, el coautor se apropia del hecho colectivo y así es posible imputarle tanto su aporte como el de los codelincuentes...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

Ver este fallo en el capítulo I.

(R.B.)

4- FLORES GONZALEZ. 10-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
				PCE										-1°
				IA			A						N	-2°
-	M	-	AI		-	-		-	-	-	-	-		399

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf

Lex: Arts. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP; 399, 240, 396, 474 incs. 1 y 2, 47, 486 del CPP. Leyes 8.869, 8.885, 8.896, 8.925, 8.934, 8.971, 8.937, 8.911, 8.928, 9.040 y 9.106. Art. 18, 24, 75 inc.22 del CN.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Inhabilitación Absoluta. Debido Proceso Legal. Rol del Juez en los actos del Debate. Interrogatorio de testigos y peritos. Garantías del Proceso (Imparcialidad, Imparcialidad, Independencia). Extralimitación del Juez en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sistema Acusatorio-Adversarial. Calificación legal. Nulidad. Nuevo Juicio.

Summa:

La **Cuarta Cámara del Crimen de la 1° CJ**, condenó a M. E. G. F. a la pena de **cinco años de prisión e** inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en autos N° P-55.273/17.

La **defensa técnica** interpuso recurso de casación por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo, indicando como vicio **in procedendo** que la juez asumió un rol activo en la producción de la prueba, colaborando con el órgano acusador y, por ende, apartándose del rol de tercero imparcial y violando de esa forma garantías del debido proceso legal. A su vez, como vicio **in iudicando** refirió que el tribunal sentenciante erró en la aplicación de la ley sustantiva, en tanto la calificación atribuida a los hechos investigados no resultó la correcta.

El **Procurador General** entendió que debía ser rechazado el recurso articulado en tanto no ha existido inobservancia de normas que pudieran acarrear la nulidad o violaciones a los principios mencionados por la defensa, ni tampoco errónea aplicación de la ley sustantiva, considerando que en ninguno de los casos puntuales señalados por la defensa, se advirtió que las preguntas de la jueza excedieran la facultad prevista en el art. 399 del C.P.P.. Del mismo modo rechaza el cambio de calificación propuesto entendiendo que la sentencia se encuentra debidamente fundada.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto. Anuló el debate efectuado, y en consecuencia la sentencia y fundamentos, remitiendo a origen, a efectos de que se realice un nuevo juicio.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3526, de fecha 24-05-2018, dictada por la Ex Cuarta Cámara del Crimen, hoy (TPC 2) 1CJ.

Doctrina Citada:

Alvarado Velloso, Adolfo, "El debido proceso de la Garantía Constitucional". Edit. Zeuz, Rosario, 2003, pág. 256.

Alvarado Velloso, Adolfo y Alvarado, Mariana, “Textos de Teoría General del Proceso en los sistemas de enjuiciamiento judicial”, Ed. Astrea, 2005, Buenos Aires, tomo II, p. 136/137.

Parágrafos destacados:

“... la imparcialidad de los jueces es una de las piedras angulares sobre la que reposa el principio del debido proceso legal puesto que, junto con la independencia y la imparcialidad, conforman una especie de triada de virtudes que debe ostentar el órgano jurisdiccional que juzga los delitos sometidos a su conocimiento y decisión. Precisan el modo en que debe actuar el juez dentro del proceso por cuanto, mientras la imparcialidad circunscribe la actuación del juez durante el proceso, la independencia y la imparcialidad también imponen límites a la dirección del proceso, fijando qué puede y qué no puede hacer”.

Precedentes citados

a-CSJN

“Llerena” fallos 348:1491

b- SCJM

“Mopardo Dupox” CUIJ 13 - 04382197-5/1 (LS 556-078)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04382197-5/1((018602-55273)) FC/FLORES GONZALEZ MATIAS EMILIANO P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (55273) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*104460542*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04382197-5/1 caratulada "Fc/ Flores Gonzalez, Matías y Urrutia Corvalán, Rubén p/Robo agravado por el uso de arma...s/Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro, y tercero el Dr. Omar A. Palermo.

A fs. 267/271 vta., la defensora del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 3526 de fecha 24 de mayo de 2.018 (fs. 249) y sus fundamentos (fs. 250/261 vta.) en cuanto condena a Matías Emiliano Gonzalez Flores a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo de la condena, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma que se le atribuye en el marco de los autos N° P-55.273/17 (art. 166 inc. 2°, primer supuesto, 12 y 29 inc. 3° del Código Penal), pronunciamiento dictado por la entonces Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. **Valerio**, dijo:

1.- Resolución recurrida

En la sentencia impugnada, el tribunal a quo llegó a la certeza necesaria para condenar al imputado por el delito y en la medida individualizada ut-supra.

En tal sentido, tuvo por acreditado que «[...] el día 24 de junio de 2017, siendo las 21:30 horas aproximadamente, el imputado, GONZÁLEZ FLORES, se acercó por detrás a la víctima, CORTEZ OLCESE, quien se encontraba hablando por su teléfono celular y llevando en su mano **un cuchillo**, previo preguntarle de dónde era, le pidió su celular, para luego manoteárselo, amenazándolo diciéndole que se fuera para no tener problemas, y yéndose con el teléfono de la víctima, se subió a un Falcon, siendo aprehendido cuerdas más adelante junto a la res furtiva y otros sujetos a bordo de dicho rodado» (ver fundamentos, fs. 255 vta.).

Para llegar a esa conclusión el tribunal de sentencia consideró que la totalidad de la prueba incorporada a los presentes obrados permitía concluir sobre la concurrencia del hecho intimado y la participación del acusado como autor del evento criminoso que le fuera endilgado, extremos que, a su vez, no fueron discutidos por la defensa.

Para así resolver, el tribunal valoró, entre otros elementos, las declaraciones de la víctima Joel Nahuel Cortez Olcese, del personal policial que intervino en el procedimiento, y la demás prueba incorporada, entre la que se destaca: el acta de procedimiento, inspección ocular y croquis ilustrativo de fs. 4/5 y 6 respectivamente, el acta de aprehensión de fs. 9, el acta de visu de fs. 46, las actas de secuestro de fs. 51 y de fs. 66, el acta de reconocimiento de fs. 7 y el informe del CEO de fs. 212/215.

2.- Recurso de casación

El recurso de casación deducido por la defensa del acusado se basa en el inciso 1 y 2 del art. 474 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo.

a. Vicios in procedendo

Señala la defensora que la sentencia resulta nula porque fue dictada en violación del derecho constitucional del imputado de ser juzgado por un juez imparcial, garantía reconocida en el orden constitucional y supranacional, como también, en diversos precedentes de nuestro Cívero Tribunal de Justicia.

Para fundar su argumento, refiere que desde el inicio del debate oral, la jueza asumió un rol activo en la producción de la prueba, colaborando con el órgano acusador y, por ende, amparándose del rol de tercero imparcial. En este sentido, cuestiona la conducta de la sentenciante al interrogar a los testigos que depusieron durante el debate, a través de preguntas que excedieron lo meramente aclaratorio que autoriza el art. 399 del C.P.P. y, desde allí, la introducción de datos al plenario que no sólo no fueron expuestos por los declarantes de manera espontánea, sino que, además, tampoco fueron el producto de las preguntas de las partes.

Se agravia al considerar que, aún antes que inicie su deposición espontánea sobre el hecho, la jueza le suministró al testigo Pérez Villareal, elementos y circunstancias relevantes, tales como la existencia de un cuchillo, su participación en la aprehensión de un sujeto, la distancia del lugar del hecho respecto de la aprehensión, etc.. De esta manera, a su entender, no sólo condicionó la espontaneidad de su declaración sino que, además, mediante la formulación de preguntas después del interrogatorio de las partes, procuró la introducción de indicios de cargo –uso de un pearcing por el acusado–.

Manifiesta que la misma actitud asumió –la jueza– con relación al testigo Rojo, cuando preguntó antes que lo hiciera la fiscalía y la defensa, y aún después de ellas, interrogándolo sobre cuestiones que no fueron de interés para las partes.

Expresa que esta falta de imparcialidad en el órgano juzgador se hizo aún más notoria con el testimonio de la víctima, con quien asumió la iniciativa probatoria, llegando incluso a hacer uso de preguntas indicativas y sugestivas relacionadas con el hecho y su calificación legal. Resultando de tal conducta, la introducción de datos vinculados con la dinámica modal del hecho que perjudicó al acusado.

Con respecto a esto último, expresa que la víctima nunca dijo que el sujeto lo hubiera amenazado con el objeto, tan sólo había manifestado que tenía algo en la mano, que creía que era un cuchillo, que lo tenía para abajo, que nunca lo apuntó, y que tras preguntas sugestivas, lo indujo a dar respuestas que le permitieran probar el uso típico del objeto.

Por último, se queja que esta misma posición parcial fue mantenida por la jueza durante la recepción de los restantes testimonios, refiriendo que incluso se le permitió a uno de ellos -Sánchez Acosta (min. 28:30 al min. 46:00)-, y para refrescar su memoria, leer la totalidad del acta suscripta por el declarante, para luego, y pese a la manifiesta negativa de las partes a realizar otras preguntas, la sentenciante lo hizo sentar nuevamente ante el micrófono y lo interrogó inquisitivamente sobre el texto que acababa de leer (min. 40:16).

Con lo cual, concluye, hubo un ejercicio irrazonable, abusivo y arbitrario de la facultad reconocida en el art. 399 de la ley adjetiva por parte de la juzgadora, quien **se apartó de su rol de tercero imparcial**, violando de este modo el principio acusatorio y de igualdad de partes.

Vicio para cuya comprobación no se requiere que la decisión haya sido consecuencia necesaria de tales actos, ya que el temor de parcialidad del juez, basado en hechos objetivos del procedimiento, constituye un vicio objetivo del mismo.

b. Vicios in iudicando

Por otra parte, la recurrente sostiene que el tribunal sentenciante yerra en la aplicación de la ley sustantiva, en tanto la calificación atribuida a los hechos investigados es errónea.

Expresa que el encuadre adecuado no es el de robo agravado por el uso de arma, sino de robo simple, tal como lo solicitó durante sus alegatos.

Agrega que la tipificación del a quo, a su vez, determinó la imposición de una pena que resulta evidentemente desproporcionada respecto a la ofensa atribuida, lo que hace cuestionable su razonabilidad.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 298/299 vta., el Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado.

Para así dictaminar considera que en ninguno de los casos puntuales señalados por la defensa, advierte que las preguntas de la jueza excedieron la facultad prevista en el art. 399 del C.P.P., por resultar aclaratorias de los términos vertidos en cada declaración, referidos a puntos oscuros, encaminadas a que la primera declaración sobre el recuerdo del hecho sea lo más detallada posible pero siempre dentro de las posibilidades de la memoria del testigo. Con lo que, a su criterio, queda descartada la intencionalidad investigativa referida por la defensa.

Del mismo modo, rechaza el cambio de calificación propuesto por la recurrente, tras advertir que, sobre este punto, la sentencia se encuentra debidamente fundada. En tal sentido, expresa que si bien el arma o “punta” no fue blandida por el acusado, porque la tenía dirigida hacia abajo, tanto por la cercanía como por la persistencia en el reclamo, sumado a las amenazas proferidas, permiten comprobar su utilización disminuyó la capacidad defensiva de la víctima y, además, permitió el desapoderamiento.

En conclusión, considera que la sentencia resulta válida en tanto no ha existido inobservancia de normas que pudieran acarrear la nulidad o violaciones a los principios mencionados por la defensa, ni tampoco errónea aplicación de la ley sustantiva. Y, en consecuencia, propone el rechazo del recurso.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expresados por la defensa del imputado, entiendo que el recurso **de casación articulado debe ser acogido en esta instancia, ello a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.**

A resumidas cuentas, el escrito recursivo se apoya en dos motivos de crítica, a saber: (a) la excesiva actuación en la que habría incurrido la jueza durante la realización del debate oral, lo que –a juicio de la defensa– constituyó **una violación de garantías que hacen al debido proceso legal**; y, (b) la **incorrecta interpretación sustancial del hecho procesal juzgado** y tenido por acreditado, por resultar **errónea la calificación legal asignada en la sentencia al comportamiento juzgado.**

Sin perjuicio de esta diferenciación, no puedo soslayar la **relación de subsidiaridad que se verifica entre ambos planteos**, lo que incide directamente sobre la estructura lógica y metodológica de análisis. Ello por

cuanto, resulta claro que la queja sustancial planteada por la defensa, sólo conservará virtualidad jurídica en tanto no se corrobore una violación a la garantía de imparcialidad del órgano juzgador.

Es que, si se comprobase que la a quo se extralimitó en el ejercicio de la función jurisdiccional, asumiendo durante el debate facultades propias y exclusivas del órgano acusador, la entidad de tal vicio provoca necesariamente que el juicio se declare nulo y, por ende, que el planteo sustancial devenga abstracto.

De acuerdo con lo señalado, la solución del caso se abordará desde una estructura de análisis en la cual, en primer lugar, se fijarán algunas consideraciones respecto de la **garantía de imparcialidad** del juzgador como pilar fundamental del sistema de enjuiciamiento penal de corte acusatorio-adversarial. En segundo término, se analizará la normativa en que sustenta, y justifica, la **juzgadora su proceder durante el debate –art. 399 del Código Procesal Penal–**. Por último, se confrontarán las conclusiones alcanzadas en los puntos precedentes con los argumentos defensivos, a fin de precisar si el argumento de la recurrente resulta acogido en esta instancia de revisión, por verificarse –como es mi opinión– una flagrante violación de garantías procesales.

i. La **imparcialidad del órgano juzgador como garantía fundamental del debido proceso legal**

Con el advenimiento de la reforma constitucional operada en el año 1994, se produjeron novedosas transformaciones sobre nuestro sistema jurídico, que importaron impregnarle un sentido constitucional a sus disposiciones. El disparador de las mismas fue, sin dudas, la incorporación de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos en el **párr. 2º del art. 75, inc. 22**, de la Constitución Nacional, los que tuvieron un tratamiento diferenciado por parte de la Honorable Convención Constituyente, quien les asignó «en las condiciones de su vigencia», «jerarquía constitucional», aclarando al respecto que «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

Una de las gravitaciones más resonantes que trajo aparejada la reforma, vino de la mano de la consagración expresa de la garantía de imparcialidad del juzgador, por cuanto hasta ese momento era reconocida dentro de los derechos implícitos del **art. 33 constitucional** o, más estrictamente, derivada de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el **artículo 18** de la Constitución Nacional. Del mismo modo resulta del **art. 24 del texto constitucional**, mediante el que se impone al Congreso de la Nación «[...]el establecimiento del juicio por jurados», es decir, un enjuiciamiento acusatorio-adversarial.

Producida la transformación jurídica por la mencionada reforma, la imparcialidad como una garantía de juicio aparece referida en el **art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Este contexto de los instrumentos normativos del sistema interamericano e internacional de protección a los derechos humanos, la imparcialidad es una garantía judicial que el Estado está obligado a respetar y a garantizar sin discriminación alguna.

Si bien se advierte la preexistencia implícita de la imparcialidad del juzgador en nuestro sistema constitucional, con la incorporación de los documentos convencionales que han sido objeto de breve mención, no sólo se le otorga a la misma un carácter explícito, sino que, en la actualidad se le atribuye como rasgo fundamental la condición de garantía para el justiciable –derecho a un tribunal imparcial–, que resulta de plena y total exigibilidad frente al poder del Estado.

La imparcialidad, como principio del derecho procesal, determina que el tercero que actúa en calidad de autoridad para sentenciar el litigio, debe ostentar claramente ese carácter; para ello, no ha de estar

colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia), tal como sostiene Alvarado Velloso (Alvarado Velloso, Adolfo “El debido proceso de la Garantía Constitucional”. Edit. Zeuz, Rosario, 2003, pág. 256).

A su vez, y en lo referido al deber de imparcialidad (calidad de “no parte”), ella está dada pues el tercero –que por propia esencia se halla ajeno a la controversia inter partes– no debe estar colocado en la posición de parte ni realizar lo que ésta normalmente efectúa en el ejercicio del interés que representa. De lo que se desprende, como una primera aproximación al tema que aquí nos interesa, que el tercero no debe tener iniciativa probatoria autónoma ni poder impulsorio, caso contrario desdibuja su propia naturaleza y reemplaza la inacción de la parte.

Estas cualidades han sido reconocidas por la Corte Suprema de Justicia cuando refiere que la garantía de imparcialidad «es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso» y la «separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás» (“Llerena”, fallos 328:1491).

En idéntico sentido se ha pronunciado esta Sala cuando, al tratar el rol que le corresponde seguir al juez en el contexto de un sistema de enjuiciamiento orientado al modelo acusatorio-adversarial, sostuvo que «[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de **garantía que las partes ejerzan** eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso» (“Mopardo Dupox”, CUIJ 13-04382197-5/1).

De este modo, la imparcialidad de los jueces es una de las piedras angulares sobre la que reposa el principio del debido proceso legal puesto que, junto con la independencia y la imparcialidad, conforman una especie de triada de virtudes que debe ostentar el órgano jurisdiccional que juzga los delitos sometidos a su conocimiento y decisión. Precisan el modo en que debe actuar el juez dentro del proceso por cuanto, mientras la imparcialidad circunscribe la actuación del juez durante el proceso, la independencia y la imparcialidad también imponen límites a la dirección del proceso, fijando qué puede y qué no puede hacer.

ii. La función de los jueces en las audiencias. Plano normativo: facultades de dirección y posibilidad de interrogar a testigos y peritos

Si se entiende que la lógica de las audiencias viene determinada por conformar un espacio dentro del cual se produce la entrega de información relevante desde las partes hacia el juez y la toma de decisiones de calidad por parte de éste, pues entonces la modalidad de actuación por parte de los jueces debe vincularse directamente con las finalidades de los diversos momentos procesales. Es decir, desde el punto de vista cualitativo de la función, será el tipo de audiencia de la que se trate la que determinará el rol que debe ocupar, y cumplir, el juez.

Por lo tanto, mientras le permita a las partes cumplir con sus respectivos roles y no se convierta en su reemplazante, durante el curso de las audiencias previas al juicio, el juez puede tener un rol activo en la

medida que las circunstancias lo exijan. Esto quiere decir que, por tratarse estas audiencias puramente argumentativas sobre el contenido de la información recolectada por las partes, el juez tiene una posibilidad amplia de indagar respecto de la existencia o no de información que le permita tomar una decisión de mayor calidad.

Desde allí, reconociendo que la o las decisiones que el juez adopte durante la etapa previa al juicio implican la posibilidad o no de seguir adelante con el proceso penal, y que su función principal consiste en velar por el respeto de las garantías de las partes involucradas, podrá recuperar de las partes información que considere que le será de utilidad para tomar una mejor decisión.

Sin embargo, todo esto es impensado durante el desarrollo del juicio oral. Ello por cuanto, y entre otros motivos, porque es aquí donde se sustancia la prueba ofrecida por las partes. De manera tal que, ante ello, el juez queda despojado de aquella propensa actividad positiva en el marco del proceso, dejando ese lugar exclusivamente a las partes, debiendo ocupar un rol absolutamente pasivo, a los efectos de mantener su imparcialidad y su posición de tercero imparcial. Esta situación acota su función primordial a que, garantizado el contradictorio entre los sujetos contendientes, deba tomar su decisión en forma exclusiva sobre el caso que las partes presenten y en la medida en que resulte acreditado.

De esta manera, ya no se trata de resolver acerca de la continuidad o no del proceso, sino de adoptar un pronunciamiento que implica la finalización del juicio. Es por ello que resulta esencial que la obligación de imparcialidad se complementa con la imparcialidad: el juez no puede jugar el rol de investigador o defensor, sino sólo evaluar el trabajo que han realizado las partes durante el debate, la forma en que presentan su caso y la prueba que lo sustenta y, en función de ello, adoptar una decisión en un sentido y otro, dando razones de ello.

De esto se trata, en mi opinión, uno de los aspectos más trascendentes que implica un sistema de enjuiciamiento acusatorio-adversarial. Son las partes de la contienda quienes tienen el deber de demostrar que cuentan con respaldo probatorio suficiente para fundar la pretensión jurídica que ostentan de acuerdo con su propio interés.

A partir de ello, durante el juicio, el **juez debe permanecer con una función inactiva**, en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio; y latente, vista como en potencial intervención para la salvaguarda de los principios, garantías e institutos procesales que la legalidad constitucional requiera, y a exclusivas instancias de una intervención formal de un sujeto externo, por medio de una pretensión jurídica. De esta forma, no solo reafirma materialmente su lugar de tercero en un pleito de partes (imparcial), sino que reproduce dentro del marco del proceso judicial, la impostergable obligación de hacer realidad el postulado republicano de la división y control recíproco de las funciones estatales.

Sentado cuanto precede, y colocados ya en el terreno del juicio oral, puesto que así lo reclama el tema bajo tratamiento, las funciones y atribuciones del órgano jurisdiccional en esta instancia procesal, resultan determinadas desde el plano legal.

Por un lado, el ordenamiento jurídico procesal le atribuye al Presidente del Tribunal o, en su caso, a quien ejerza la jurisdicción en forma unipersonal, la función de dirigir el debate oral. Con lo cual, además de las **atribuciones disciplinarias y de poder de policía dentro del marco de la audiencia (art. 380 del C.P.P.)**, goza de facultades de comunicación, decisión y gobierno. Por ello, será el juez quien «[...] ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la

discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa» (**art. 384 del C.P.P.**).

Por otro lado cabe precisar que, en cuanto nos importa, el sistema normativo contiene un conjunto de normas que precisan institutos procesales cuya naturaleza acusatoria –aunque mitigado– es incuestionable aún desde una interpretación estática y literal.

En tal sentido, cabe mencionar que respecto de la prueba testimonial, es el propio legislador quien separa conceptualmente el examen del interrogatorio de testigos.

Esta distinción resulta evidente cuando, por un lado, se prevé que «[e]l declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará» (art. 145, tercer párrafo del C.P.P.). Y, por otro, ya en el segmento destinado a regular el juicio común, se establece que «[e]nseguida, el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto en el **artículo 399**» (**art. 396 del C.P.P.**).

Con lo cual, el examen de testigos comprende no sólo las preguntas inherentes a lo que se conoce como las “generales de la ley” (**art. 240, segundo párrafo del C.P.P.**), sino, además, lo referido a todo cuanto sepa y conozca el testigo del suceso ventilado en el juicio. Para ello, la ley sólo habilita que las declaraciones sean tomadas de forma tal que permitan primeramente las manifestaciones espontáneas del declarante.

Luego de ello, y tras haberse realizado el examen, tendrá lugar la etapa del interrogatorio, en cuyo caso, es la ley la que establece el orden para la formulación de preguntas, debiéndolo hacer en primer término la parte que propuso al testigo (**art. 396, segundo párrafo del C.P.P.**) y, en último turno, durante el debate, los miembros del tribunal de juicio.

Aunque desde una interpretación dinámica del sistema procesal vigente, a la luz de la clara política pública judicial de instaurar el sistema de enjuiciamiento penal de **tipo acusatorio-adversarial (leyes 8.869, 8.885, 8.896, 8.925, 8.934, 8.971, 8.937, 8.911, 8.928, 9.040 y 9.106** –estableciendo el juicio por jurados–), resulta que es conveniente aplicar la técnica de examen y contraexamen de testigos a cargo exclusivamente de las partes.

Por último, y vinculado expresamente con la posibilidad que la normativa procesal le confiere al juez de formular preguntas a quienes presten declaración en el marco del juicio oral, la normativa procesal prevé que «[c]on la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos o intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración» (**art. 399, primer párrafo del C.P.P.**). Al resultar esta norma el sustento jurídico en el que la defensa enmarca su reclamo, debo detenerme por un momento en su análisis.

De acuerdo a la interpretación operativa de la norma de referencia, esto es, «[e]n beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes» (conf. la disposición transitoria contenida en el **art. 85 de la Ley N° 9.040**), y que, a su vez, vaya de la mano con un sistema de enjuiciamiento acorde con sus principios acusatorios, permite vislumbrar que el legislador local, en cuanto a la facultad de interrogar, no pone en igualdad de condiciones a las partes que al juez.

De este modo, mientras que, por un lado, «el Fiscal, las partes y los defensores» pueden «formular preguntas a las partes, peritos, testigos, e intérpretes» (**art. 399 primer párrafo C.P.P.**), por otro, «el

Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración» (art. 399 segundo párrafo C.P.P.).

Resulta claro que, sistemática y gramaticalmente, la norma nos indica que el juez y las partes no están posicionados del mismo modo frente al litigio penal. Mientras estas últimas acceden a él de manera activa, con una conducta tendiente a esclarecer los hechos, según su teoría del caso, el primero lo hace de manera pasiva, recibiendo la información provista por aquéllas para luego decidir de manera alejada al asunto. La posibilidad de mezclar ambos posicionamientos –activo y pasivo– frente al conflicto es lo que conduciría a la pérdida de la imparcialidad del juzgador, pues la actividad investigación supone, de por sí, una posición subjetiva frente al suceso, mientras que la de juzgar tiene pretensiones de objetividad, por lo que ellas son incompatibles entre sí (**fallo citado -“Mopardo Dupox”-**).

El juicio del modelo acusatorio de corte adversarial, supone que el juez no deba entrometerse en la producción de pruebas, sino que su actuación esté ceñida, en cuanto a la prueba testimonial se refiere, a resolver las objeciones de las partes frente a preguntas que consideran inadecuadas por ser impertinentes (**art. 399, segundo párrafo del C.P.P.**), **indicativas, capciosas o sugestivas (art. 145, tercer párrafo del C.P.P.)**.

Ahora bien, esto no supone eliminar la posibilidad de que el juez realice algún tipo de preguntas, sino sólo de establecer los límites a esa atribución. Y ese marco queda precisamente determinado por su rol dentro del proceso. Es por esto que la norma mencionada, a los fines de salvaguardar la actuación imparcial e imparcial del juez, le permite interrogar siempre dentro de los márgenes de lo que suponga lo **estrictamente necesario para la «mejor comprensión de la declaración»**.

A ello apunta la alocución preguntas aclaratorias, entendiéndose por tales aquellas que permiten clarificar algunos dichos oscuros emitidos por el testigo, perito o intérprete, ya sea en forma espontánea o a modo de respuestas provocadas sobre preguntas formuladas por los litigantes.

La respuesta pretendida, en estos casos, tiende a echar claridad a una información inicialmente incorporada al juicio pero que no fue precisa, sin que ello implique incitar a la introducción de datos no ventilados, en forma espontánea o provocada, por el testigo. Tal sería, por ejemplo: ¿el apellido de la persona que estaba con usted es Fernández o Hernández?; ¿la suma de dinero que usted refirió era de seiscientos veinticinco mil pesos o setecientos veinticinco mil pesos?.

Por oposición, aquellas preguntas que no son aclaratorias en los términos reseñados anteriormente, denotan en puridad interrogación, averiguación o indagación. Por lo que, considero que cuando el juez acude a ellas para obtener información de los testigos, rompe con la igualdad de las partes y con la imparcialidad e imparcialidad del juzgador. Porque, sea queriendo o no, realiza preguntas que por un imperativo jurídico, corresponden únicamente a una parte en atención a su propio interés y de acuerdo a su ubicación funcional. Dicho en otras palabras, cuando el órgano acusador examina o interroga a un testigo, perito o intérprete, que por la carga de la prueba está obligado a hacerla (**art. 367, tercer párrafo del C.P.P.**), y la realiza el juez, claramente ello denota que éste hace lo que la parte acusadora no realizó y que, en función de su interés (sostener objetivamente la acusación), debía hacerlo.

Con todo lo hasta aquí desarrollado, es el turno de analizar si, en el caso en examen, la jueza que intervino en el juicio oral actuó –según la tesis defensora– por fuera de los límites funcionales que resultan de su rol de tercero imparcial e imparcial dentro del proceso.

iii. Aplicación de las consideraciones realizadas al caso de análisis

Dentro de la órbita de lo que supone un vicio de orden formal, la recurrente solicita la anulación del pronunciamiento impugnado, alegando falta de imparcialidad e imparcialidad en el órgano juzgador.

Mediante sus argumentos cuestiona el excesivo activismo de la jueza de sentencia, derivado de un apartamiento de su rol de tercero en la dirección del proceso, particularmente por asumir una iniciativa en materia probatoria que resulta propia y exclusiva del órgano acusador.

Desde allí, refiere una «irrazonable y arbitraria» aplicación de la facultad conferida al tribunal en el art. 399 del rito penal, materializada en interrogatorios a los testigos con preguntas que superaron cualitativa y cuantitativamente el interés meramente aclaratorio autorizado por la norma procesal, excediendo con su actuación su rol de tercero imparcial, lo que determinó un claro perjuicio a su asistido.

En concreto, expresa que la jueza actuó en el plenario «[...] arrogándose la iniciativa probatoria, colaborando con el acusador, violando el principio acusatorio y de igualdad de partes, mediante la realización de un interrogatorio a los testigos, que excediendo lo aclaratorio, introdujo datos no ventilados espontáneamente por ellos ni en forma provocada por las partes» (ver recurso, fs. 270).

La solución al caso requiere fiscalizar si, en el contexto en que se desarrolló el debate oral, la sentenciante ejerció su función jurisdiccional más allá de los límites que hacen su rol de directora del juicio, mediante la realización de conductas que resultan propias y exclusivas de las partes, en especial, del órgano acusador.

Tal como lo adelantara, estimo que le asiste razón a la recurrente en los argumentos que propone porque, según entiendo, a través de las preguntas que formuló a los testigos durante la audiencia de debate, en el caso sometido a revisión, la jueza de sentencia ejerció simultáneamente las funciones de juzgamiento y acusación.

A tal conclusión se arriba tras analizar en detalle, las modalidades que asumió su interrogatorio de los testigos de la causa, excediendo los márgenes de actuación determinados por la ley –art. 399 del C.P.P.–. Situación que, a la luz de lo analizado precedentemente, provocó una afectación a la garantía de imparcialidad e imparcialidad, con la suficiente entidad como para justificar la anulación que se propone (art. 486 del C.P.P.). Veamos ahora de qué modo tuvo lugar esta actuación en el debate de autos.

De la reproducción del soporte digital de las audiencias de debate se desprende que, durante la declaración del Oficial Pérez Villareal, previo al interrogatorio de las partes, y tras preguntarle por las generales de la ley y advertirle de las penalidades de falso testimonio, la jueza le preguntó acerca de «qué podía relatar, si es que lo recuerda», refiriéndole ciertos datos de la causa. Lo que determinó que el deponente, tras de describir someramente las circunstancias de tiempo y lugar en que tuvo lugar el hecho, que se trató de «un robo con un cuchillo, en el que posteriormente se procede a la aprehensión unas cuerdas más adelante, situación o procedimiento en el que usted habría intervenido» (min. 10'30"), el compareciente inicia un relato pormenorizado, detallado, y sin vicios de falta de espontaneidad, acerca de lo que conocía del suceso criminoso.

Durante este segmento del interrogatorio, no observo ninguna incidencia de parte de la juzgadora que hubiera permitido, como lo sostiene la defensa, el ingreso indebido de datos a la causa. Si bien es cierto que la contextualización y presentación del testigo al tribunal y las partes, debe correr por cuenta de quien lo ofrece como prueba, sea esta de cargo o de descargo –en este caso, se trató de prueba ofrecida por la agente fiscal, fs. 189, a la que adhirió expresamente la defensa, fs. 209–, no existió una conducta judicial que represente una irregularidad con la entidad que lo presenta la defensa.

No ocurre lo mismo respecto de varias de las preguntas efectuadas **por la jueza** una vez concluido el interrogatorio de la Fiscalía y la defensa. En tal oportunidad, la jueza preguntó en cuatro oportunidades, a saber: (a) «¿recuerda alguna señal particular que haya tenido alguno de los aprehendidos o algo que saliera de lo usual?»; b) «dijo usted que el que iba de acompañante parecía menor, ¿porqué le dio esa

impresión?»; (c) «dijo usted un arma blanca ¿se acuerda si era un cuchillo, una punta?»; y (d) «¿Cuántos teléfonos?».

De los interrogantes formulados, considero que todos ellos exceden la finalidad meramente aclaratoria de las preguntas, resultando aún más clara en aquellos identificados como (a) y (c).

Más llamativa resulta la posición asumida por la jueza cuando prestó declaración el denunciante y víctima de autos –Cortez Olcese–, pues en esta oportunidad la falta de imparcialidad e imparcialidad se hizo evidente. Veamos.

Tras darle la palabra al testigo para que exprese cuánto conocía del hecho, y éste manifestar lo sucedido, lo interrumpió, solicitándole mayores detalles. Así, luego que el deponente espontáneamente describiera que el día de los hechos «estaba en la esquina de mi casa, en la plaza, hablando por teléfono, sentado en un banco, cuando él llegó por atrás, y me preguntó de dónde era, y yo no le dije, y me pidió el celular, y cuando le dije que no, ahí lo manoteó, y me amenazó, y yo me fui para mi casa, y él se subió al auto y se fue » (min. 5´18” al min. 5´52”), la jueza, exigiéndole un relato más amplio y preciso, le formuló una serie de preguntas que debieron ser realizadas por la parte que, no sólo ofreció este elemento de prueba sino que, además, tenía el deber de preguntar para dar sustento a su caso.

Luego continuo su interrogatorio en la búsqueda de más información con buscando más información con relación a la conducta emprendida por el acusado. Así, expresó que «dice que llegó por atrás, ¿quién?, ¿cómo?, ¿recuerda las características?» (min. 6´50”), lo que determinó que recién ahí, por las preguntas anticipadas de la magistrada, relatare nuevamente lo ocurrido, agregando ciertos datos de relevancia a la causa, que no surgieron ni de su relato espontáneo, ni ante preguntas de quien tiene la carga probatoria –órgano acusador–. Allí respondió que «él llegó por detrás con un arma, o sea con un arma no, con una punta en la mano, y me amenazó y me pidió el teléfono» (min. 7´). Luego la jueza volvió a preguntar: «¿cómo lo hizo?»; «y entonces, ¿qué hizo usted?» (min. 7´55”).

Y lo mismo puede decirse cuando, luego del interrogatorio de la fiscalía y de la defensa, asumió –la jueza– una labor que denotó, una vez más, una pérdida de la imparcialidad e imparcialidad que debía ostentar en el desarrollo del proceso. Es que en esa oportunidad, y luego de haber expresado todo cuanto sabía del hecho, haciéndolo de manera espontánea y provocada por preguntas de las partes bajo contienda, la jueza introdujo información referida al modo en que se habría cometido el hecho (min. 22´45” / min. 27´00”). A modo de ejemplo, puede citarse que en esa oportunidad, y tras requerir nuevamente mayores detalles con relación al hecho, preguntó: «¿cómo fue la secuencia?, ¿qué hizo con la punta?, ¿cómo la tenía?, ¿cómo entendió usted que lo amenazaba con esa punta?» (min. 23´02” al min. 23´15”). Ello motivó que el testigo relatare nuevamente, y ante la insistencia de la jueza, la mecánica de los acontecimientos y su percepción del comportamiento del imputado.

Con lo cual, más allá del aspecto cuantitativo de las preguntas, como también el momento de su realización, cualitativamente no pueden ser interpretadas como de tinte aclaratorio. Fueron, en este caso en particular, esenciales para la decisión adoptada, ya que estuvieron relacionadas específicamente con el hecho tenido por probado.

Los interrogantes formulados, y de los que sólo algunos han sido mencionados aquí, bastan para demostrar que, tanto cuantitativa como cualitativamente, la jueza asumió en el proceso un rol protagónico que implicó un evidente apartamiento de su función como órgano observador imparcial de la actividad de las partes. Esta actuación resulta incompatible con el esquema acusatorio que rige constitucional, convencional y legislativamente.

Como ha dicho Alvarado Velloso, una actuación de esas características implicaría una vuelta a un sistema de tipo inquisitivo, en el cual el juez tenía una actividad oficiosa en la que ocupaba el rol de juez y acusador al mismo tiempo y, por ende, él mismo buscaba la verdad real, llegando a creer que sólo era factible encontrarla encargándose el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de la acusación (**Alvarado Velloso, Adolfo y Alvarado, Mariana, «Textos de Teoría General del Proceso» en Los sistemas de enjuiciamiento judicial, Ed. Astrea, 2005, Buenos Aires, tomo II, p. 136/137**).

En definitiva, todo lo dicho me conduce a sostener que en el debate se ha afectado la garantía de un juez imparcial e imparcial y, por tanto, debe hacerse lugar al recurso interpuesto.

iv. Consideraciones sobre la **calificación legal** de la conducta reprochada

Tal como lo expresara al momento de describir la metodología de abordaje que imponían los cuestionamientos defensivos, al haberse demostrado que la sentencia ostenta un vicio de tal entidad que determina su nulidad, la cuestión referida al significado jurídico que se asigne al hecho objeto del proceso, es irrelevante, por la evidente relación de **subsidiaridad del planteo**.

En función de las consideraciones expuestas, y oído el señor Procurador General, debe contestarse afirmativamente la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

Atento el resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial del imputado Matías Emiliano González Flores y, en consecuencia, anular el debate efectuado, la sentencia de fs. 249 y fundamentos de fs. 250/261 vta., dictada por la entonces Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-55.273/17. A tales fines, deberán remitirse los presentes al Segundo Juzgado Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 267/271 vta. por la defensa oficial del imputado Matías Emiliano González Flores.
- 2.- Anular el debate efectuado, la sentencia de fs. 249 y fundamentos de fs. 250/261 vta., dictada por la entonces Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-55.273/17.

3.- Remitir los presentes al Segundo Juzgado Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).Regístrese. Notifíquese.

5- MALLON BAQLCA. 16-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	M	NNA	AI	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	475

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=35>

Lex: Arts. 42, 55, 166 inc. 2°, 104, 164, del CP; 474 y 475 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma Impropia. Calificación legal. Agresión con Arma. Valoración de la Prueba. Reformatio in pejus.

Summa:

El **TPC** condenó al nombrado a la pena de **cinco años de prisión** como autor responsable del delito de robo simple en grado de tentativa y robo agravado por el uso de arma en sentido impropio.

La **defensa técnica** del condenado sostuvo que existió una errónea calificación legal en uno de los hechos atribuidos y pretendió mutar la misma a robo simple en concurso real con agresión con arma. Discrepa de la valoración de la prueba por parte del Juzgador, especialmente en cuanto a la utilización del arma y hace reserva del caso Federal.

El **Procurador General** dictaminó que el recurso no podía prosperar porque los hechos fueron correctamente clasificados, habiendo valorado el juzgador las declaraciones de manera lógica, como coincidentes.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. Tuvo presente la reserva federal efectuada y remitió los autos al tribunal de origen.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 127 pronunciada por el TPC N° 2- 1º CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- LS 438-47
- LS 333-64
- LS 400-240
- LS 407-155

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04522176-2/1((018602-146817))FC/ MALLON BAQLCA JOEL ALBERTO P/ ROBO AGRAVADO (146817) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104604316*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de abril de dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-044522176-2/1 caratulada "Fc/ Mallon Balca, Joel Alberto p/ robo agravado s/ casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro y tercero Dr. Omar A. Palermo.

La defensa oficial de Joel Alberto Mallón Balca interpone recurso de casación (fs. 230/238) contra la Sentencia N° 127 en tanto condena al nombrado a la pena de cinco años de prisión como autor responsable del delito de robo simple en grado de tentativa y robo agravado por el uso de arma en sentido impropio (arts. 164, 42, 166 inc. 2 primer párrafo primer supuesto del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. **Valerio** dijo:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece, en lo pertinente para la resolución del recurso, que el 13 de octubre de 2017 a las 13.15 horas aproximadamente, en la intersección de calles España y Arenales de Guaymallén, el imputado interceptó a los menores Elián Isidori y Facundo Espejo, para luego sujetar a este último desde atrás y tras exhibirles un destornillador con punta afilada, les manifestó que les dieran todo. Espejo le entregó el celular y el encartado se fugó a pie. Los menores le avisaron al padre de uno de ellos, Isidori, quien salió a buscarlo en su camioneta, encontrándolo cinco minutos después a 600 metros del lugar, caminando por calle Newbery y Echeverría. Al percatarse de su presencia el imputado emprendió la fuga en un barrio semi-cerrado, en cuyo interior lo alcanzó Isidori, contra quien usó el destornillador para evitar ser aprehendido, acción en la que no tuvo éxito, recuperándose el teléfono que había sustraído y tenía en su poder.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa en una sola de las causas juzgadas, porque la calificación asignada no se ajusta a los hechos que se desprenden de la prueba, ya que la víctima dijo que no percibió el uso del arma, declaración que fue mal valorada.

Sostiene que es incorrecto que se afirme que se usó un destornillador con punta afilada para amedrentar a la víctima, y también, que las víctimas eran dos, ya que sólo uno fue la víctima: aquél a quien le robaron el celular.

Se agravia porque el a quo dijo que se usó el arma **con el padre del menor para procurar su impunidad.**

Asimismo, porque el **otro menor no fue víctima sino un testigo** presencial de los hechos que no fue desamparado, destacando que el imputado tomó del suelo el celular, por lo que no fue determinante en la sustracción el uso del arma y la víctima dijo que no vio el cuchillo.

Relata que la intervención del padre se generó después de transcurrido un tiempo a partir del desapoderamiento, ya que regresaron caminando al taller de aquél para avisarle, y que actuó al haber tomado conocimiento de lo acontecido, no por haber presenciado los hechos; que lo vio a 3 cuadras del lugar del hecho habiendo pasado entre 5 y 10 minutos, por lo que no hubo una persecución a partir del robo; que el autor ignoró este seguimiento del que era objeto, por lo que el uso del destornillador en esta oportunidad no puede ser considerado como necesario para procurar la impunidad, sino que se trató de un supuesto encuadrado en el **art. 104 Cód. Penal, tercer párrafo**, independiente del anterior.

Pretende que la calificación sea **robo simple en concurso real con agresión con arma**.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar porque los hechos fueron correctamente calificados, habiendo valorado el juzgador las declaraciones de manera lógica, como coincidentes.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto ésa es la solución que este Cuerpo ha dado, en los supuestos en los que el defensor se limita a reiterar en el recurso lo expresado durante los alegatos, sin rebatir las razones en virtud de las cuales el a quo rechazó sus peticiones (L.S. 438-47, entre otros).

De tal modo, persigue el quejoso escindir nuevamente en esta etapa el robo objeto de estos obrados, soslayando que se trató de un hecho que tuvo como sujetos pasivos a dos menores de edad que cuando se dirigían juntos a la escuela, fueron abordados por el encartado, quien les exigió la entrega de sus pertenencias valiéndose de un destornillador con punta afilada, mientras tomaba a uno de ellos por detrás y les decía “dame todo, culiado, dame todo”.

O sea, su petición de que el hecho sea subsumido en el delito de robo simple no puede ser acogida, careciendo de trascendencia que uno de los jóvenes haya dicho que no vio el arma porque estaba de espaldas y se refiriera a ella como cuchillo y no como destornillador (acta, fs. 10 vta), aspecto que fue dilucidado por el sentenciante adecuadamente.

De tal modo, el a quo expuso que resulta suficiente con que el medio intimidatorio fuera percibido sólo por uno de ellos «[...] en tanto sirvió para doblegar cualquier resistencia que pudieran oponer» (fundamentos, fs. 220 vta.), concepto que comparto, sin que sea decisivo en el caso de autos, a los fines de modificar la calificación, a quién se le confiere la calidad de víctima.

A esto se agrega que de la revisión practicada en virtud del presente recurso de casación, se deriva que las declaraciones de los agredidos fueron coincidentes, por lo que no hay dudas que ambos sintieron miedo por el uso del arma impropia prementada.

Como consecuencia del rechazo de que el hecho sea calificado como robo simple, no es posible darle tratamiento a lo requerido por la defensa, en el sentido de **considerar como un hecho independiente encuadrable en el delito de agresión con arma del art. 104 último párrafo del Cód. Penal**, la circunstancia que el encartado esgrimiera el destornillador contra el padre de Isidori al ser encontrado en el barrio semi-privado, ante la **irrestricada vigencia del principio de la reformatio in pejus**.

En efecto, proceder de otro modo implicaría desvirtuar dicho principio, al agravar la escala aplicable y la penalidad impuesta, por imperio de lo ordenado por el **art. 55 Cód. Penal**, que determina que en ese

supuesto, la pena tenga como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Resta decir que la crítica representa en definitiva, una discrepancia con el criterio con el que el inferior ha ponderado las probanzas reunidas, que no logra desvirtuar la argumentación que derivó en la condena (L.S. 333-64, 400-240 y 407-155), defecto en la proposición del recurso que resulta patente, por ejemplo, cuando el letrado refiere que su pupilo tomó el celular porque su dueño lo tiró al piso, y no como consecuencia del temor que les produjo a los menores el uso del arma.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece del vicio endilgado ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Mario D. Adaro y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 230/238 por la defensa oficial de Joel Alberto Mallón Balca.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

6- DIAZ TAPIA MIRANDA. 23-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE	-	EGT	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=41>

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Tentativa. Consumación. Momento consumativo. Apoderamiento. Posibilidad de disposición de la res furtiva.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años y ocho meses de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso se arma apta para el disparo (art. 166 inc. 2, párrafo segundo del Código Penal)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido, atento a que el recurrente pretende una revisión ex novo de lo que ya fue tratado y resuelto en la sentencia. Asevera que los sindicados tuvieron **la efectiva posibilidad de disposición**.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Tapia Miranda.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 74, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- “González Araya, Martín Ramón y Tejada Aguilar, Jorge Ricardo” 15-08-17:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

LS 532-096

- Pedot Olivera. 11-03-09: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

“Habiendo coincidido en la causa temporalmente la portación ilegítima de arma de guerra con el robo agravado por el uso de arma, en tanto ésta fue utilizada únicamente durante la ejecución del último delito, **la portación enrostrada queda subsumida en el delito de robo agravado**. Por ello, se está frente a un caso de **concurso aparente** de leyes por consunción, desde que el contenido del ilícito y culpabilidad del delito de portación de armas de guerra están incluidos en el de robo agravado por el uso de armas.

«[...] ambos enrostrados si tuvieron poder y posibilidad de disponer de la res furtiva [...] Tuvieron tiempo, espacio y efectiva oportunidad de utilizar el objeto involucrado, e inclusive capacidad física y psicológica para poder ocultarlo, dañarlo, arrojarlo, y demás. La víctima perdió toda posibilidad de disponer del objeto [...]».

- “Marengo”. 30-04-09. AM..X. ARGENTINA S.A. “MARENGO GONZALO C/C.T.I. P/DESPIDO. LS 400-240:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=1382636025>

El recurso de **casación** es un remedio extraordinario, que tiene por finalidad activar el control técnico jurídico de los fallos del inferior, con el objeto de observar la correcta aplicación del derecho y producir la unificación jurisprudencial que confiere seguridad jurídica y previsión en las decisiones frente a

planteos similares. La crítica a la errónea aplicación o interpretación de la ley, debe ser completa, decisiva, convincente, demostrativa del error en que ha incurrido el a - quo, de manera que el superior advierta el error señalado, consignándose además de qué modo superar el defecto legal apuntado.

El recurso de **inconstitucionalidad** es un remedio extraordinario, a fin de que el Superior Tribunal de la Provincia verifique y controle que no se han afectado derechos y garantías constitucionales, en especial las de defensa en juicio y el debido proceso legal.

- “Ríos Vallejos, Herrera, Navarro y Ledesma”

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

LS 333-64

Doctrina citada:

D’Alessio refieren que:«[...] en la medida en que el asaltante haya gozado, aun **por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa**, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín [...]»

Precedentes relacionados:

Momento consumativo.

Fuente: Compendio 2022:

<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

- Escobedo. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Ruggieri. 22-06-22: b: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Rodríguez. 27-04-22: Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>
- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ver Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf

Párrafo destacado:

Voto Dr. Valerio: “...En efecto, el intervalo de tiempo mencionado, sumado a la mecánica de la persecución, le dieron la oportunidad real y suficiente a Tapia Miranda para disponer libremente de los bienes sustraídos. De tal manera puede tenerse por cierto, tanto el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, **quitándola de su esfera de custodia**, como su apoderamiento por parte del agente, con la posibilidad de realizar sobre la cosa **actos materiales** de disposición.”

Voto en disidencia Dr. Palermo: “...Así, en el fallo “Gonzalez Araya, Martín Ramón y Tejada Aguilar, Jorge Ricardo”, sostuve que: «[...] el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra **en condiciones materialmente pacíficas de disponer** sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para **decidir el destino** de la cosa»...”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Disidencia)

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04421830-9/1((018602-148346)). FC/DIAZ FABIAN JORGE F Y TAPIA MIRANDA LUIS A. P/ROBO AGRAVADO (148346) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104502172*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04421830-9/1, caratulada “F. c/ Diaz, Fabián Jorge Fernando y Tapia Miranda, Luis Antonio p/ robo agravado s/ Casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Jose V. Valerio, segundo Dr. Omar A. Palermo, y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de Luis Antonio Tapia Miranda interpone recurso de casación (fs. 376/379), contra la Sentencia N° 74 (fs. 363) y sus fundamentos (fs. 364/369 vta.), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años y ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo (art. 166 inc. 2, párrafo segundo del Código Penal) en la causa N° P-148.346/17. El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de elevación a juicio, que consistía en: «que [...] para fecha 23 de octubre de 2017, siendo las 9:15 horas aproximadamente, en el local comercial “Supermercado Sarmiento” ubicado en calle San Martín 6939 de Carrodilla, Luján de Cuyo, Fabián Jorge Fernando Díaz y Luis Antonio Tapia Miranda ingresaron al mencionado lugar, momento en el cual uno de ellos se coloca detrás de la víctima y el otro sujeto exhibe un arma de fuego tipo revólver le solicita dinero en efectivo para luego retirarse del interior del local sustrayendo dinero en efectivo en billetes de \$5, \$10 y \$20, un cargador rápido de color blanco de marca ONLY con un envoltorio de caja azul, un paquete de cigarrillos de 20 unidades de marca Philip Morris común, una bandeja de fiambre paleta sandwichera y de queso en barra. Seguidamente, Fabián Jorge Fernando Díaz sustrae una bicicleta marca ARBAD rodado 26 N° W9901065 que se hallaba apoyada sobre la carpa donde funciona la verdulería, en la parte extrema del local comercial destinada al estacionamiento y de acceso público. Posteriormente, personal policial es desplazado por el CEO al lugar del hecho, siendo luego aprehendido Luis Antonio Tapia Miranda en el lateral del Acceso Sur frente a la Empresa CEOSA el cual tenía en su poder el dinero sustraído, mientras que Fabián Jorge Fernando Díaz es aprehendido sobre el lateral Este del Acceso Sur, quien portaba el arma de fuego utilizada en el hecho y circulaba en la bicicleta marca ARBAD de color rojo llevando en su poder el resto de los elementos sustraídos».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de Juan Manuel Sarmiento Báez, de Alejandro Martín Núñez Arenas, del Auxiliar Néstor Daniel de la Fuente, del Auxiliar Primero Néstor David Sepúlveda, Auxiliar Primero Matías Paolo Nicolás Pérez González, de Blanca Miranda y de Fabián Díaz; la declaración del imputado Luis Antonio Tapia

Miranda; el acta de procedimiento de fs. 6/7; el acta de secuestro de fs. 15 y 29; el informe de Balística Forense serie B N° 1365/17 de fs. 49/51; el informe de Balística Forense serie B N° 1369/17 de fs. 76 y vta.; el informe de Delitos Tecnológicos de fs. 149 y vta.; y el informe del sistema de videovigilancia (CEO) de fs. 207.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la impugnación de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del C.P.P. Así, propone los siguientes cuestionamientos.

A) Vicios in procedendo

Sostiene que del análisis de la totalidad de la prueba incorporada, surge que el espacio de tiempo en que los aprehendidos estuvieron fuera de persecución es insignificante.

Considera que la sentencia realizó una correcta valoración de los informes del CEO al descartar la tesis de la acusación que establecía que entre el momento del desapoderamiento de la víctima y la aprehensión policial transcurrieron cerca de 20 minutos. Por lo que el tribunal de sentencia redujo ese trecho temporal a 5 minutos.

Sin embargo, argumenta que el tribunal omitió analizar una parte sustancial del material probatorio incorporado, y es que esos 5 minutos fueron los transcurridos entre el llamado desde el número 2616391076 (fs. 158 vta.), propiedad del carnicero del local asaltado, según el relato de la víctima, y el momento en que personal policial comunicó la aprehensión de los autores. Por lo tanto sostiene que el tribunal debió haber descontado de esos 5 minutos, el tiempo necesario para la aprehensión.

Asimismo, sostiene que se omitió mencionar que los aprehendidos fueron visualizados al salir por calle Malabia, desde calle Paso y Acceso Sur, según declaración de personal policial, quienes manifestaron que desde ese lugar hasta el de la aprehensión hay unos 300 metros. Por consiguiente, considera que el tiempo necesario para desplazarse esos 300 metros, también debían ser descontados de esos 5 minutos. A su vez, agrega que falla el decisorio criticado al contar como momento inicial de la persecución la salida de los autores del local comercial, toda vez que aún posteriormente fueron captados por las cámaras de seguridad. Prueba de ello, fue que el CEO le indicó a los móviles policiales que los autores del hecho se dirigían por calle Malabia hacia el Acceso Sur. Por lo señalado el recurrente considera que ese lapso de tiempo también debía descontarse del tiempo desde el que se parte al analizar las constancias del CEO.

B) Vicios in iudicando. Sobre la consumación.

En otro orden el recurrente entiende que la sentencia yerra en cuanto a la interpretación que debe dársele al **art. 42 del Código Penal** en función del art. 162.

Al respecto sostiene que la resolución cuestionada, para concluir que el delito se encuentra consumado, se apoyó en la doctrina que considera que el apoderamiento por parte del autor debe ser real **“aun por breves instantes”**.

Argumenta que el tribunal de sentencia citó el fallo **“Tejada Aguilar y González Araya”**, en los que se concluyó que bastaban esos **brevísimos instantes** para tener por consumado el hecho.

Sin embargo, considera que **omitió considerar el voto en disidencia del Dr. Palermo**, que establece que esa posibilidad de disposición debe ser conocida por el autor del hecho, es decir, que para poder disponer, y tener por consumado el apoderamiento, el autor **debe saber que puede disponer**.

En suma, sostiene que del plexo probatorio dicha circunstancia no existió, atento a que, en primer lugar los autores fueron perseguidos durante todo el tiempo que duró su fuga, sin tener la posibilidad de

disponer de los objetos, toda vez que Diaz fue aprehendido con el arma empleada en el hecho y Tapia Miranda con la totalidad de la res furtiva.

En segundo lugar, argumenta que la víctima recuperó la totalidad de sus bienes, lo que evidencia un **claro indicio de que la posibilidad de disposición no existió**.

Por lo expuesto, considera que el hecho endilgado no ha pasado del grado de conato.

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General sostiene que corresponde el rechazo de la pretensión casatoria, atento a que el recurrente pretende una revisión ex novo de lo que ya fue tratado y resuelto en la sentencia.

Respecto del planteo defensivo en cuanto al vicio in procedendo, considera que el lapso señalado por el Tribunal es el correcto, esto es 3 a 5 minutos en que los imputados tuvieron la efectiva posibilidad de disponer de los bienes sustraídos, no eran perseguidos por la fuerza policial y no estaban a la vista de ningún perseguidor civil.

En cuanto al agravio in iudicando, sostiene que es criterio sentado por el Ministerio Público que para la consumación del robo basta con **la efectiva posibilidad de disposición**, que otorga la oportunidad de disponer de cualquier modo de los bienes. Ello supone, por ejemplo, que sean arrojados hacia los techos de una vivienda, para posteriormente ser retirados cuando no exista el apremio de la búsqueda policial, o el ocultamiento en lugares como puentes, acequias o lugares similares. Posibilidad y oportunidad, que según su entender, se verifica totalmente en el caso traído a dictamen.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Así, luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

Cabe advertir que no existió controversia en cuanto a la autoría del hecho por parte del imputado Luis Antonio Tapia Miranda, sino que el eje de la censura radica en determinar si le asiste razón al sentenciante en su entendimiento que los hechos fueron consumados, o, si por el contrario no superaron la etapa del conato, tal como lo plantea el recurrente.

Al respecto, considero que el tribunal realizó un detallado examen del mérito probatorio que lo llevaron razonadamente, y sin los vicios que el recurrente atribuye a la motivación de la sentencia, a tener por acreditado, que «[...] el delito atribuido al imputado Luis Antonio Tapia Miranda lo es en forma consumada y no tentada como propugnó la defensa, puesto que -como se dijo- existió el desapoderamiento de los objetos a las víctimas, en tanto **los sacaron de la esfera de custodia de ellos y tuvieron tiempo, espacio y efectiva oportunidad de utilizar los objetos involucrados, e inclusive capacidad física y psicológica para poder ocultarlos, dañarlos, arrojarlos, y demás**» (fundamentos, fs. 368 vta./369).

Por lo que se pronunció por el rechazo de la posición sustentada por la defensa, sobre la base de un análisis minucioso respecto de las circunstancias témporo-espaciales ex post al desapoderamiento.

Así, argumentó en forma lógica que: «[...] existió un breve lapso de tiempo, de aproximadamente entre 3 a 5 minutos en que los imputados fueron perdidos de vista en su huida llevando consigo la res furtiva, luego secuestrada en su poder [...] efectuaron un recorrido de aproximadamente 400 metros sin ninguna

vigilancia, hasta que fueron aprehendidos por el oportuno proceder del personal policial [...]» (fundamentos, fs. 368).

Asimismo, señaló que autores como D'Alessio refieren que:«[...] en la medida en que el asaltante haya gozado, aun por un efímero instante, de la posibilidad de disponer de la cosa, la conducta típica debe considerarse consumada, independientemente de la posibilidad de aprovechamiento efectivo del botín [...]» (fundamentos, fs. 368).

Respecto de la cuestión traída a resolución de este Tribunal comparto con el a quo que el robo ha sido consumado. En efecto, el intervalo de tiempo mencionado, sumado a la mecánica de la persecución, le dieron la oportunidad real y suficiente a Tapia Miranda para disponer libremente de los bienes sustraídos. De tal manera puede tenerse por cierto, tanto el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, quitándola de su esfera de custodia, como su apoderamiento por parte del agente, con la posibilidad de realizar sobre la cosa actos materiales de disposición.

Así, y tal como lo manifestó el tribunal de sentencia, en el **fallo “Gonzalez Araya, Martín Ramón y Tejada Aguilar, Jorge Ricardo”**, esta Sala dispuso, por el voto de la mayoría, con expresa mención al **fallo “Pedot Olivera”** que «[...] ambos enrostrados si tuvieron poder y posibilidad de disponer de la res furtiva [...] Tuvieron tiempo, espacio y efectiva oportunidad de utilizar el objeto involucrado, e inclusive capacidad física y psicológica para poder ocultarlo, dañarlo, arrojarlo, y demás. La víctima perdió toda posibilidad de disponer del objeto [...]».

Por último, debe señalarse que, estas cuestiones fueron abordadas en la sentencia, sin que el recurrente refute adecuadamente las argumentaciones en virtud de las cuales el juez de sentencia rechazó su procedencia; reiteración que impide que prospere el recurso, según se ha resuelto con antelación (L.S. 438-47, entre otros).

En efecto, la crítica encubre una mera discrepancia con el criterio valorativo utilizado por el juzgador, lo que configura un motivo más por el que debe ser desestimada (L.S. 400-240, 407-155, 333-64).

Advierto, que los recurrentes pretenden una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciate. Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Antonio Tapia Miranda.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Omar A. Palermo, en disidencia, dijo:

Por diversos motivos no comparto la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante. Las razones que fundan mi parecer se hallan en el convencimiento de que corresponde hacer lugar a la impugnación deducida.

En particular, mi discrepancia se circunscribe al momento consumativo del robo.

Así, en el fallo **“Gonzalez Araya, Martín Ramón y Tejada Aguilar, Jorge Ricardo”**, sostuve que: «[...] el momento consumativo del robo se determina cuando el autor se encuentra en **condiciones**

materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa».

En el caso concreto, se advierte que dicha circunstancia nunca existió, toda vez que los imputados fueron aprehendidos con la totalidad de la res furtiva, lo que evidencia que no se encontraban en condiciones materialmente pacíficas de disponer sobre los bienes sustraídos. En efecto, la víctima fue desapoderada de sus bienes pero no privada de su goce.

En consecuencia, y por considerar que no se encuentra consumado el ilícito enrostrado al acusado entiendo que corresponde hacer lugar al agravio propuesto por la defensa.

ASÍ VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Antonio Tapia Miranda.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

7- ROBLEDO VERGARA. 09-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	CR CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 167, inc. 3°, 167 inc. 4°, 163, inc. 4°, 54, 150, 55 del CP. Art. 147, 1° párrafo, 155, 156, 411, inc. 3°, 416 inc. 2 del CPP. Ley 9.040.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Escalamiento. Efracción. Violación de domicilio. Nulidad. Omisión de formas. Exposición oral de fundamentos. Oralidad. Subsunción legal. Calificación legal. Tentativa. Consumación. Momento consumativo.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **cinco años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo calificado por escalamiento y efracción en concurso real con violación de domicilio (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, en función con el art. 167, inc. 3° y art. 167 inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 54, art. 150, art. 55 y art. 29, inc. 3°, todos del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), por entender que la sentencia adolece de vicios sustanciales y formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido. Es nulo por omisión de formas. Los fundamentos fueron orales y se omitió consignar el hecho. Además, el recurrente entiende que: (I) no se encuentra acreditada la relación de causalidad que se requiere para tener por configurado típicamente el delito de robo; (II) tampoco resultó demostrado que el comportamiento haya alcanzado, en los hechos, el estado de consumación

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 74, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes relacionados:

Momento consumativo.

Fuente: **Compendio 2022:**

<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

- Escobedo. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Ruggieri. 22-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Rodríguez. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>
- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Diaz Tapia. 23-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=41>
- Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf

Tentativa. Art. 42 del CP.

- Gallos Torres. 11-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=883>
- Guerra Mora. 29-07-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/210729_FcGuerra.pdf
- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

- Díaz Castro, Franco. 24-07-20: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=334>
- Ibáñez Benavídez».08-01-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=447>
- Geredus Peralta. 30-08-12. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

La determinación de la pena corresponde al delito tentado cuando la pena prevista por la figura es temporal, es uno de los temas de derecho penal que por su disímil interpretación pone en riesgo el principio de legalidad. Es necesario explicar que existen varias razones para avalar esta postura relativa a que la pena prevista en la primera parte del artículo 44 del Código Sustancial, equivale a una escala que tiene como límite inferior **un tercio del mínimo y superior la mitad del máximo**. Entendiendo el sentido del vocablo "de" equivalente a de desde - origen - y que el de "a" es la de hasta - término - al que se encamina. (VOTO MAYORIA)

- Quiñazú Samo. 14-03-17. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

“...El mínimo de la escala queda en los **dos tercios del mínimo**, luego de la “deducción del tercio, y el máximo queda reducido a la mitad...”

- Carpintero. 23-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=857>

“...El mínimo de la escala queda en los **dos tercios del mínimo...**” (VOTO MAYORIA). **Fallo plenario.**

Parágrafos destacados

“...la regla actual es la **digitalización de las audiencias orales** como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella.”

“...Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema, quede prevista de manera residual. ”

“...**el momento consumativo** del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino además, que el autor **haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes.** ”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo. (Licencia).

(R.B.)

Fallo.

CUIJ: 13-04396256-0/1((018601-59040)) F. C/ R. V. B. E. P/ ROBO AGRAV. POR EL USO DE ARMA EN C. I CON ROBO CALIFICADO P/ ESCALAM. EN C.R. C/VIOL. DE DOM. (59040) P/ REC. EXT.DE CASACIÓN *104475495*

En Mendoza, a los nueve días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04396256-0/1 caratulada "FC/R. V., B. E. P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA...S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 204/210, el defensor del acusado interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 74 de fecha 5 de julio de 2.018 (fs. 200) y sus fundamentos en cuanto condena a B. E. R. V. a la pena de cinco años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo calificado por escalamiento y efracción en concurso real con violación de domicilio, que se le atribuye en el marco de los autos N° P-59.040/17 (art. 166, inc. 2°, primer párrafo, primer supuesto, en función con el art. 167, inc. 3° y art. 167 inc. 4° en función con el art. 163, inc. 4°, art. 54, art. 150, art. 55 y art. 29, inc. 3°, todos del Código Penal); pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

Como lo adelantara, el tribunal de sentencia condenó al acusado B. E. R. V. como autor del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo calificado por escalamiento y efracción en concurso real con violación de domicilio. Para así resolver, tuvo por acreditado que el día 20 de julio de 2.017, siendo aproximadamente las 15:30 horas, el imputado ingresó a la vivienda ubicada en calle P... del departamento de G..., previo escalar los techos, saltar la medianera y dañar el cristal de la ventana que comunica el patio con la cocina comedor de la vivienda. Una vez en su interior, amenazó y golpeó con un trozo de vidrio en punta biselado y con un palo a la dueña del lugar y a su hijo, y se apoderó de un teléfono celular de propiedad de la denunciante.

Posteriormente se dio a la fuga del lugar, y tras recorrer una distancia aproximada de más de cuatro cuadras, ingresó a través de los techos al interior del patio de la vivienda de A. M., lugar en el que personal policial logró su aprehensión y el secuestro del objeto sustraído. Para llegar a esa conclusión el sentenciante consideró que la totalidad de la prueba incorporada a los presentes obrados permitía concluir sobre la concurrencia del hecho intimado y la autoría del acusado sobre el evento. Así, en cuanto al contexto y circunstancias fácticas que rodearon la producción del hecho criminoso, sostuvo que «[...] la apropiación, y la violencia que ocurrió dentro de la casa, el ingreso violento a la casa por rotura del vidrio, todo eso ha quedado por la prueba demostrado y por la confesión del imputado» (minuto 83'20" / 84'07" de la segunda audiencia de debate). En particular valoró, entre otros elementos, las declaraciones de

las víctimas G. L. A. M., F. G. T., como también, del personal policial que intervino en el procedimiento, - Oficial C. R. y de C. R., y la demás prueba legalmente incorporada.

2.- Recurso de casación

La vía impugnativa incoada por el recurrente se funda en las previsiones contenidas en los incisos 1 y 2 del art. 474 del C.P.P., por entender que la sentencia adolece de vicios sustanciales y formales que la invalidan como acto jurisdiccional válido.

a. *Vicios in iudicando*

En plano de lo que suponen los vicios sustanciales, sostiene que el a quo aplicó erróneamente la ley sustantiva, calificando los hechos investigados a partir de tener por comprobadas dos circunstancias que, a su criterio, no se acreditaron en autos.

En primer lugar, descarta una relación de causalidad entre la violencia ejercida durante el enfrentamiento y el apoderamiento de la cosa ajena. En concreto, expresa que la violencia no fue ejercida por el imputado con el fin de obtener la res furtiva, sino como un acto de defensa por haberse encontrado con las víctimas dentro del domicilio, cuando había ingresado para retirar alguna de las pertenencias que allí había olvidado.

Es esta circunstancia en la que, aprovechándose de la situación, su representado tomó el celular de la denunciante, que fuera el único elemento sustraído. Para sustentar esa conclusión, repasa ciertos fragmentos de los testimonios de las víctimas, desde donde menciona que R. no se dirigió a ellas a través de dichos por los que se pudiera inferir que se trataría de un robo. Y, además, que si su intención hubiera sido la de robar teléfonos celulares, también se hubiera apoderado del celular del hijo de la denunciante, cosa que no hizo. En función de ello, considera que no hubo robo, sino que, sobre este tramo del comportamiento reprochado, la conducta del enjuiciado debe ser subsumida jurídicamente en el delito de hurto. En segundo término, menciona que cualquiera sea la calificación que en este sentido se adopte –robo o hurto-, el ilícito atribuido a su asistido no superó en el iter criminis la fase de la tentativa. Para sostener esta idea, considera que: (a) es erróneo el argumento del sentenciante cuando considera que el delito alcanzó la consumación típica tras haberse demostrado que la res furtiva salió de la esfera de custodia de la víctima. Ello en tanto, según su posición, la consumación de estos delitos requiere, además, comprobar que el autor tuvo poder de disposición real sobre la cosa; y, (b) tampoco quedó demostrado que R. haya podido disponer efectivamente de la cosa sustraída, porque en todo momento fue perseguido por la policía hasta lograr su aprehensión. Contra poniéndose a los fundamentos del fallo, repasa sobre ciertos pasajes de las declaraciones testimoniales prestadas en debate, desde donde concluye que, luego de tomar el celular en el inmueble de la víctima, el encausado se escapa del lugar por el techo, ocasión en que los vecinos que estaban en la puerta de la casa lo ven, le avisan a la policía que había llegado al domicilio y a partir de allí, comienza la persecución –durante cuatro cuadras– por numerosos efectivos policiales que habían rodeado la zona, hasta que finalmente lo aprehenden en el patio de la casa del señor B.

Al respecto, hace hincapié en que los vecinos que estaban en el lugar vieron que el imputado se escapaba por el techo, que se lo informaron a la policía –del testimonio de la denunciante–, conducta que también asumieron mientras lo escuchaban moverse por los techos –del testimonio del hijo de la denunciante–, dando cuenta de ello los múltiples llamados al CEO (fs. 70/73). Por último, afirma que el testimonio de los uniformados que participaron en el procedimiento se desprende, como conclusión, que llegaron al lugar de la aprehensión, no de manera fortuita como lo sostuvo el sentenciante, sino porque efectivamente lo

venían persiguiendo por los techos, y sabían que R. había ingresado a ese domicilio -de los testimonios de M. y C.-.

b. Vicios in procedendo

En forma subsidiaria a los planteos sustanciales, expresa que la sentencia resulta nula por dos motivos:

(a) por inobservancia de reglas procesales referidas a la sentencia –conf. art. 416 inc. 1 y 2 del C.P.P.–; y, (b) por la inobservancia a las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba –conf. art. 416 inc. 4 del C.P.P.–.

En lo que hace al primero de los tópicos individualizados afirma que, aún cuando la parte dispositiva de la resolución se encuentra redactada y protocolizada, el modo de exposición de los fundamentos del fallo cuestionado –oral– no alcanza para cumplir con los requisitos establecidos en la legislación adjetiva. Además, menciona que el juez nunca efectuó una determinación precisa y circunstanciada del hecho que estimó acreditado, lo que también es causal de nulidad a los términos del art. 416, inc. 2 del C.P.P., ya que ni siquiera se remitió al hecho que integró la acusación del requerimiento fiscal. Respecto al segundo de sus argumentos, cuestiona la tarea valorativa del tribunal al considerar que las afirmaciones que realiza la sentencia no tienen respaldo probatorio en la causa, sino que resultan producto de una indebida ponderación de la prueba. En abono de su posición, ensaya una versión alternativa de los hechos a partir de la declaración de su asistido, cuyo testimonio –en su opinión– no fue debidamente considerado por el sentenciante quien, injustificadamente, omitió valorarlo.

Por último, señala si bien R. pudo haber ingresado al domicilio de la denunciante con la intención de robar, la prueba demuestra que desistió voluntariamente de ello, al haberse retirado del inmueble sin sustraer nada; situación que coloca el caso en las previsiones del art. 43 del CPFormula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que el recurso de casación interpuesto debe ser rechazado (fs. 251/252 vta.). En ese sentido, y tras considerar que los agravios de la defensa giran principalmente en orden la calificación legal asignada en la sentencia a los hechos investigados, expresa que la subsunción resistida resulta correcta.

Estima que el sentenciante contó con elementos de prueba suficientes, no sólo para alcanzar la certeza requerida en orden a la materialidad del suceso y la autoría del encausado, sino también para justificar la tipificación cuestionada. Respecto a la queja sobre la valoración de la prueba, descarta violación al sistema de la sana crítica. Desde allí postula que resultó debidamente probado que el imputado tuvo la efectiva posibilidad de disposición de la res furtiva, ejerciéndola durante un espacio temporal–aproximadamente diez minutos y espacial –cuatro cuadras y media– suficiente para ello. En ese orden, afirma que el inculpado logró escaparse de la vivienda y que, durante un tiempo, estuvo perdido de vista, lo que determinó que se hiciera un rastillaje policial para lograr su aprehensión. A su vez, agrega que el agente fiscal dijo que el imputado había extraído el chip del celular sustraído, elemento que también permite acreditar que su intención era efectivamente de disposición. Por último, suma que el juez también tomó en cuenta la confesión del acusado respecto a su intención y participación en el hecho.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Conforme las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación incoado no puede recibir acogida favorable en esta instancia. Paso a explicarlo.

De manera preliminar, conviene aclarar aquí que me apartaré del orden expositivo seguido por el recurrente en su escrito recursivo.

Ello por cuanto, según entiendo, razones de estricto orden lógico-jurídico imponen la necesidad de analizar, en primer lugar, si la sentencia cumple con las exigencias legales previstas por el ordenamiento jurídico procesal local para constituir, desde su forma y contenido, un **acto jurisdiccional válido**.

Para luego, y en el caso que este cuestionamiento sea superado de manera adversa a las pretensiones defensivas –parte que pregona la sanción de nulidad– ingresar, ya en un segundo tramo de análisis, en el tratamiento de la queja mediante la que se **canaliza el embate sustancial, esto es, acerca de la subsunción legal de los hechos juzgados** efectuada por el juzgador; aspecto este en el que, estimo, se encuentra entronizado el thema decidendum de la impugnación bajo tratamiento.

a. Acerca de la nulidad de la sentencia por omisión de las formas.

El letrado defensor sostiene que la resolución impugnada es nula porque incumple con el exigencias normativas vinculadas, por un lado, con el modo de exposición de los fundamentos del fallo atacado; y, por otro, respecto de la necesidad que el tribunal determine, en forma precisa y circunstanciada, el hecho tenido por acreditado.

a.1. Expresión de fundamentos en forma oral

Al respecto, y como lo adelantara, considero que no le asiste razón en ninguno de los argumentos que propone, ya que la sentencia cumple acabadamente con todas las reglas procesales que hacen a su validez como acto jurisdiccional. Veamos.

El recurrente sustenta la nulidad alegada a partir de criticar la decisión del a quo de expresar los **fundamentos de la sentencia condenatoria de manera oral**, ya que –según la tesis defensorista–, con ello no se cumple con el modo previsto normativamente por el ordenamiento jurídico procesal.

Discrepo en este punto con el letrado defensor por dos motivos: primero, porque la autorización para exponer oralmente los fundamentos orales proviene del propio texto legal; y, por otro, porque tampoco existe en el ordenamiento procesal vigente alguna que le prohíba al juez de sentencia obrar de esta manera.

Al respecto, cabe resaltar que la profundización del **carácter acusatorio-adversarial** del juicio penal, resultado de la implementación de las modificaciones introducidas al sistema de administración de la justicia penal en la órbita local, especialmente mediante la sanción y posterior implementación de la N° 9.040, se traduce, entre otros, en ubicar la oralidad como una de las notas esenciales que hacen al rediseño del proceso de enjuiciamiento criminal.

En esas línea basta con señalar que, a través de una de sus disposiciones transitorias, se prevé que «Todas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes» (art. 85 de la ley 9.040, el subrayado me pertenece).

En primer lugar, este cambio de paradigma resulta claro cuando se repasa la actual redacción de alguna de las normas que conforman la ley adjetiva.

De ese modo, en el segmento destinado en la ley adjetiva para establecer las disposiciones generales, específicamente al regular las **“actas” (Libro I, título VI, capítulo 2 del C.P.P.)** se conmina al juez a obrar de esta manera. En tal sentido, se dispone que «siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal

o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella» (art. 147 primer párrafo del C.P.P., modificado por ley N° 9.040).

Por lo tanto, y en cuanto tiene que ver con la actividad procesal destinada a dejar constancia de la aquello sucedido en el marco de un proceso penal ante un funcionario judicial, la regla actual es la digitalización de las audiencias orales como constancia válida y suficiente no sólo de su realización sino, además, de todo lo acontecido en ella.

Lo que provoca, en consecuencia, que la escritura como sistema, quede prevista de manera residual. A su vez, esa intención del legislador local también se ver reflejada cuando se regulan **los «actos y resoluciones jurisdiccionales» (Libro I, título VI, capítulo 3 del C.P.P.)**.

En ese segmento, y tras conminar bajo sanción de nulidad el deber del tribunal de fundar las sentencias según las exigencias legales, a renglón seguido prevé que **«en las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio**, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente» (art. 155 del C.P.P. , texto modificado por ley N° 8.896), es decir, «[...]suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente» (art. 156 del C.P.P., texto según ley N° 9.040).

En segundo lugar, en cuanto tiene que ver con el régimen legal vigente en la etapa de juicio propiamente dicho, la modificación al régimen correccional no hace más que convalidar el cambio propuesto.

Así resulta cuando se establece que «el Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración» (art. 417 quinquies del C.P.P.). Con lo cual resulta ilógico pensar que en un sistema donde se profundiza la oralidad, el juez se vea impedido de justificar sus decisiones –en este caso, un fallo de condena–, a través de esta vía.

Salvado este extremo, más allá de lo que se analizará en el punto que sigue, en lo que hace al extremo aquí cuestionado –fundamentos orales–, la sentencia resulta válida al cumplir satisfactoriamente con los requisitos de forma referidos por el genéricamente por el recurrente (art. 412 del C.P.P.). Por todo lo expuesto, el agravio intentado debe ser rechazado.

a.2. Omisión de consignar el hecho probado

Por otro lado, a juicio del recurrente, la sentencia es nula porque **omite enunciar el hecho** que el tribunal estimó acreditado, sea a través de su determinación circunstanciada, sea mediante la enunciación de aquel que fuera objeto de la acusación.

Sobre esta cuestión en particular, cabe traer a colación que la ley procesal exige en la sentencia «la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado» (art. 411, inc. 3° del C.P.P.), conminando, bajo sanción de nulidad, su incumplimiento, esto es, «si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada» (art. 416, inc. 2° del C.P.P.).

Sobre este punto en particular, cabe referir que no le asiste razón a la defensa en cuanto al argumento que propone ya que, según entiendo, **el análisis integral de los fundamentos vertidos, y expuestos de manera oral por el juzgador, permite tener por cumplida la exigencia legal**.

Así, tras repasar ciertos pasajes de la alocución del juez de la causa, mediante la que analiza la prueba acompañada y justifica la resolución alcanzada, se desprende, sin lugar a dudas, que el tribunal tuvo por acreditado el hecho contenido en la acusación fiscal.

A esta conclusión arriba tras considerar que fue el propio magistrado quien sostuvo que «la prueba es contundente, el imputado ratificó la ocurrencia del hecho.

Es decir que la apropiación y la violencia que ocurrió adentro de la casa, el ingreso violento a la casa por rotura del vidrio, todo eso ha quedado, por la prueba, demostrado, y por la confesión del imputado también» (min. 83'50"/84'10").

Además, ya en el momento en que culmina su análisis respecto de la controversia suscitada entre las partes en cuanto al **encadre legal del comportamiento del acusado**, concluyó en que «... la pelea y la sustracción del teléfono provoca que haya sido durante el robo, la violencia ejercida sobre las personas, las lesiones ejercidas a las personas fueron durante el robo, entonces esto deja de ser un hurto para transformarse efectivamente en un robo. Es decir que el robo ocurrido en la calle Provincia de San Juan 725 de Godoy Cruz, el domicilio de G. L. A. M., fue efectivamente un robo en donde se ejerció violencia. Insisto, ha habido escalamiento, ha habido efracción, todo eso concurre en concurso ideal» (min 89'00"/min. 91'30").

Por lo tanto, y sin desconocer que resultaría más conveniente que el tribunal de juicio se pronuncie sobre este aspecto en un sentido más específico, es decir, dedicando un segmento particular de su argumentación, lo cierto es que, en este caso en particular, no advierto que el modo empleado al efecto por el sentenciante constituya una irregularidad tal que justifique la anulación de la resolución impugnada.

Máxime si tenemos en cuenta que no ha habido controversia respecto de la materialidad del hecho acusado. Considero que la modalidad asumida para referirse a este extremo –hecho probado– es propia de la dinámica que supone la audiencia oral, en contraposición con el esquema que presenta la escritura para la confección de los fundamentos.

Si bien esta singularidad resulta válida a los términos de ley, siempre que con ella no se vulneren garantías vinculadas al debido proceso y a la defensa en juicio, estimo que esta situación que no se produjo en autos, argumento que impide que se concrete algún interés que justifique la anulación pretendida, lo que conduce, también, a su rechazo.

Ello por cuanto no advierto que el modo utilizado por el juzgador para cumplir con este extremo, se haya traducido en un impedimento real y efectivo para que alguna de las partes del proceso pueda conocer, con la claridad requerida, el hecho que se tuvo por acreditado en el debate. De este modo, el agravio propuesto debe ser también descartado.

a.3.- Conclusión sobre los defectos formales alegados

En base a lo hasta aquí analizado, puedo concluir en que la resolución impugnada no padece irregularidad alguna pasible de nulidad, por cuanto cumple satisfactoriamente con las exigencias formales prescriptas por la ley para ser reputada como un acto jurisdiccional válido.

b. Subsunción legal

b.1. Acerca de la subsunción legal de los hechos investigados

Tras haber analizado –y descartado– el agravio relativo a la nulidad de la sentencia por inobservancia de las reglas procesales, conviene ahora avanzar sobre el esquema inicialmente propuesto.

De esta manera, ya en este segundo tramo de revisión, se tratarán los agravios casatorios referidos a la **tipificación penal de la conducta** del acusado.

En forma preliminar, es preciso aclarar que la defensa no pone en crisis la existencia material del hecho ni la autoría del imputado, sino que sólo concentra sus esfuerzos en obtener, a partir de una interpretación

parcial –y menos gravosa– del evento delictivo, una modificación de la calificación legal que lo beneficie. Para lo cual presenta a modo de agravios sustanciales, cuestionamientos que, en estricto rigor, reposan en una crítica a la tarea axiológica del tribunal.

En concreto, el recurrente entiende que: (I) no se encuentra acreditada la relación de causalidad que se requiere para tener por configurado típicamente el delito de robo; (II) tampoco resultó demostrado que el comportamiento haya alcanzado, en los hechos, el estado de consumación.

Debo adelantar que no se comprueba en el presente la violación a las normas legales denunciadas por el quejoso, siendo la sentencia que se recurre una resolución suficientemente fundada a la vez que respetuosa de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba.

En el caso, el tribunal valoró la prueba acompañada y debidamente incorporada, elementos probatorios que le permitieron concluir con la certeza que requiere el dictado de un pronunciamiento condenatorio la existencia y la participación del imputado en el suceso juzgado, permitiendo corroborar fácticamente la totalidad de los elementos configurativos de cada una de las figuras legales bajo las que resultó encuadrado típicamente el comportamiento ilícito reprochado.

Veamos ahora en qué consiste la queja de la defensa y los motivos que justifican, como lo adelantara, su rechazo.

b.2.- Sobre la errónea aplicación del art. 164 del Código Penal

Sobre este tópico en particular, la estrategia de la defensa **consiste en aislar causalmente el ejercicio de violencia física del imputado sobre las víctimas, del acto de desapoderamiento del bien sustraído.**

En concreto –desde la visión defensiva– el acusado no utilizó la violencia para cometer un robo, sino sólo para defenderse ante el enfrentamiento que mantuvo con las víctimas, a quienes se encontró una vez que regresó al interior de la vivienda de una de ellas con la intención de recuperar algunos objetos personales allí perdidos, y la necesidad de retirarse del lugar.

De este modo, a criterio del recurrente, si el imputado no utilizó la violencia física como medio comisivo para cometer el apoderamiento ilegítimo, sino que sólo aprovechó una situación para tomar pacíficamente el celular de una de las víctimas, en este segmento de su comportamiento, la conducta del acusado debe quedar subsumida en el delito de hurto.

Ahora bien, más allá de los esfuerzos destinados a hacer valer esta versión alternativa de los hechos, considero que la estrategia de la defensa claramente encierra la pretensión de provocar una modificación unilateral y arbitraria de la plataforma fáctica que resultó debidamente demostrada a partir de una correcta valoración de la prueba reunida, y que sólo se justifica en la intención de proponer un encuadre normativo que beneficie a su asistido.

A mi modo de entender las cosas, la dinámica modal bajo la que se desarrollaron los hechos en la realidad, dista absolutamente de la que propone la defensa.

De esta manera comparto con el sentenciante que resultan múltiples y abundantes los elementos de prueba arrimados a la causa para tener por corroborados los aspectos típicos que reclama el delito de robo. Tal es esto así que no se ha cuestionado en esta instancia que el acusado realizó todos los actos necesarios para apoderarse ilegítimamente de cosas pertenecientes a la denunciante, configurativos del delito por el que resultó condenado.

Para ello, no existe controversia en que en las circunstancias de tiempo y lugar anteriormente mencionadas, el imputado escaló los techos, saltó una medianera de tres metros de altura aproximadamente, y previo romper el cristal de una de las ventanas de la casa que conectaba el patio exterior con el comedor, ingresó al interior del domicilio ubicado en calle ... del departamento de Godoy

Cruz. Así tras un primer intento fallido, y sirviéndose de un palo y un trozo de vidrio, atacó violentamente a las víctimas llegando a lesionarlas, para luego apoderarse de un bien de propiedad de una de ellas – teléfono celular de la señora A.–, y darse a la fuga del lugar a través de los techos del domicilio.

Del análisis de los hechos consignados, considero que **se han configurado todos los elementos que requiere típicamente el robo.**

A dicha conclusión arriba tras considerar que, por un lado, el agente se sirvió del despliegue de su fuerza física para superar la resistencia que le oponían, en los hechos, los reparos relacionados con ella.

Así, y como lo dije anteriormente, no sólo quedó demostrado que el imputado rompió el cristal de la ventana que da al patio de la vivienda y que comunica el exterior y el interior de la misma a través del comedor, sino que además, tampoco existe margen de duda respecto que arrancó uno de los sensores de la alarma de la casa.

Tampoco puede desconocerse que estas dos circunstancias también fueron admitidas en el juicio por el imputado al declarar.

Por otro, aún cuando tales comportamientos, sumados al desapoderamiento del objeto sustraído, de por sí permiten subsumir la conducta del imputado en el delito de robo, no puede soslayarse el también ejerció violencia física, efectiva y real, en las personas de las víctimas, con el fin de vencer materialmente la resistencia opuesta por los sujetos pasivos del ilícito. Sobre este punto en particular, coinciden plenamente las declaraciones de las víctimas del ilícito.

En su declaración, A. dijo que el imputado se les apareció un sujeto –por el imputado– a los gritos, haciéndolo con «un palo en una de sus manos y un vidrio en la otra, por lo que este sujeto comienza a golpear a mi hijo con el palo y mi hijo se defendía como podía.

El sujeto a mi me pegó un palazo en la cabeza, a la altura de la oreja izquierda que hizo que me cayera al piso y que soltara mi celular que tenía en mi mano y a mi hijo le pegó por todos lados ...» (fs. 6 vta.). Del mismo modo, T. ratificó los dichos de su madre, afirmando que «tenía –por el acusado– un palo en la mano izquierda y un vidrio cortante en la mano derecha, de allí empezamos a forcejear y le daba golpes mientras el sujeto me tiraba palazos, a mi madre le dio un palazo en la cara. No sé en qué momento me dio un palazo en la nariz ...» (fs. 10 vta.).

Cabe resaltar que las lesiones provocadas a la humanidad de ambas víctimas, quedaron constatadas a través del informe del médico de Sanidad Policial que corre agregado en autos, y que tampoco fuera discutido (ver fs. 76/77).

Por último, el recurrente cuestiona la omisión de valoración de la declaración de acusado en debate. Sin embargo, soslaya que el imputado reconoció los extremos fácticos apuntados precedentemente, mientras que su versión por la que apuntaba que se apoderó del celular de la víctima al confundirse con el suyo, fue expresamente desacreditada por el propio defensor. A mi modo de ver, la conexión ideológica resulta innegable.

Tanto la fuerza como la violencia aparecen vinculadas objetiva y subjetivamente con el apoderamiento, en las circunstancias enunciadas en la parte final de la norma en cuestión.

No cabe duda alguna que aquellos medios fueron empleados para facilitar, o hacer menos difícil, el apoderamiento indebido del objeto del delito. Estos aspectos señalados descartan que sea jurídicamente posible subsumir los hechos como lo pretende el recurrente, es decir, bajo el delito de hurto, siendo correcto el encuadre asignado en la pieza impugnada.

Por lo que, en consecuencia, estimo que en lo que hace al tópico desarrollado en este apartado, la calificación jurídica resulta correcta.

b.3.- Cuestiones vinculadas al grado de desarrollo alcanzado por el comportamiento reprochado dentro del iter criminis

Incumbe ahora ingresar en el examen del último de los cuestionamientos formulado por la defensa, es decir, aquel mediante el cual solicitó la **aplicación del art. 42 del Código Penal** en función de que, a criterio del recurrente, el imputado no contó con la posibilidad de disponer del bien sustraído.

Desde su interpretación de los hechos, con cita de doctrina favorable a su posición, consideró que la prueba que acompaña la causa impedía tener por cierto que R. V. haya tenido un poder de disposición real sobre la cosa sustraída, ya que en todo momento fue perseguido por personal policial que, tras un intenso operativo, logró su aprehensión.

Para así razonar, repasa ciertos fragmentos de las declaraciones de los testigos que depusieron durante la investigación y en debate, para concluir en que, no obstante que el acusado transportó el celular durante aproximadamente cuatro cuadras, esa sola circunstancia no permitía inferir que **hubo poder de disposición**, ya que mientras escapaba herido del domicilio de la denunciante, era perseguido y visto por gran cantidad de policías y vecinos del lugar, circunstancias éstas que impidieron una disposición real (ver recurso, fs. 207 vta./208).

Ahora bien, sobre el tópico en cuestión, el tribunal de sentencia explicó que el hecho fue consumado pues «... no solamente hubo apoderamiento, sino que hubo posibilidad de disposición. La posibilidad de disposición demuestra que el ya bien había salido de la esfera de la víctima y ya el victimario podía disponer de la cosa. Al poder disponer de la cosa, ya se consumó el delito... Una vez que el imputado se apodera de la cosa, y la saca de la esfera de custodia de la víctima, transcurridos así sean tres minutos, tuvo el poder de disposición de la cosa. En este caso, fueron cuatro cuadras ...».

Para ello, reparó en que «el imputado huye con el celular, y los vecinos vuelven a llamar a la policía, es decir, la policía va a la casa, se entrevista con las víctimas, y mientras estaban allí, irradian por el CEO lo ocurrido, y cuatro cuadras después, atento que un vecino dice que vio a una persona por los techos, preguntan en una casa para entrar a ver, y allí lo encuentran escondido» (minuto 92'00/94'00").

Centrado así el objeto de la discusión, considero que la explicación brindada en la sentencia atacada para concluir que la conducta debe subsumirse en el tipo de robo consumado resulta plausible, todo lo cual me conduce necesariamente al rechazo del agravio planteado por las consideraciones que se verán a continuación.

Debo aclarar que comparto con la defensa que **el momento consumativo** del robo requiere no sólo que la víctima quede desposeída de aquellos bienes de su pertenencia que le fueron sustraídos por el obrar delictivo del agente, sino además, que el autor **haya tenido la posibilidad física de disponer del objeto sustraído, aún por breves instantes**.

En el caso traído a decisión en esta instancia, se advierte que las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en el expediente corroboran –contrariamente a lo sostenido por la defensa– que el robo perpetrado por R. V. en perjuicio de G. A. logró alcanzar su grado de consumación, en tanto conformaron, aún durante un breve espacio temporal, las condiciones necesarias como para disponer de manera cierta, concreta, real y efectiva del bien sustraído.

Es decir, pudo no sólo ocultarla, destruirla o ejercer sobre ella cualquier otro acto que implique su disposición material, sino además, y en atención a la naturaleza que es propia al bien sustraído –teléfono celular–, hasta incluso pudo servirse de ella utilizándola como medio de comunicación. Al respecto, no puede desconocerse que entre el momento de la sustracción del celular hasta la aprehensión del

imputado, transcurrió un período de tiempo que, aún siendo breve, colocó al agente ante la posibilidad de disponer de la cosa.

Si bien hubieron discrepancias en orden a precisar su extensión, ya que para la fiscalía fueron cuarenta minutos, mientras que para la defensa sólo se trató de entre cinco a diez minutos, considero que aún cuando se reconociera la razón sobre este aspecto circunstancial al defensor, entiendo que, por su extensión, resulta suficiente para ejercer actos de disposición.

A su vez, la distancia espacial o geográfica que transitó el agente teniendo el objeto sustraído bajo su poder, en procura de huir del lugar, no hace más que aportar otro elemento circunstancial en abono de la posición que sostengo.

El análisis integral de la prueba incorporada da cuenta que desde la vivienda de la víctima, ubicada en calle P..., hasta el domicilio donde se produjo la aprehensión, sito en calle A..., casi intersección con calle A..., media un trayecto de más de cuatro cuadras.

Recorrido durante el cual el imputado fue perdido de vista no sólo por las víctimas, sino además por lo uniformados que actuaron durante el procedimiento policial. Así lo confirmó la víctima cuando dijo que, tras salir corriendo del interior de su domicilio, perdió de vista al imputado, aclarando que ni siquiera vió que saliera por el techo, llegando incluso a sospechar, hasta que arribó por segunda vez la policía, que el sujeto continuaba dentro de su vivienda. Términos que fueron ratificados a través de su deposición en debate (fs. 7).

En forma coincidente declaró el hijo de la denunciante -T.- cuando sostuvo que los habían perdido de vista cuando, junto a su madre, salieron a la calle a pedir ayuda, momento en que el imputado quedó dentro de la casa, asegurando que «no lo volvimos a ver más, yo creo que se ha ido por las medianeras» (fs. 11).

A su vez, los uniformados que lograron la aprehensión del acusado, confirmaron que arribaron al domicilio en el que se hallaba escondido luego de que «un vecino domiciliado en calle A... de G..., al ver la movilidad, nos hace señas informa que escuchó ruidos en su techo, por lo que solicitamos permiso para ingresar a su propiedad y revisar su patio» (fs. 4 y vta.), dando con el sujeto en cuestión.

Ambos agentes de seguridad –Aux. C. R. y Aux. C. R.– ratificaron durante el debate los términos contenidos en el acta de procedimiento, confirmando en este punto que la aprehensión obedeció a una situación azarosa, porque no lo habían visto previamente al acusado, ya que no lo tenían a la vista.

Con lo cual, y siguiendo los lineamientos que en la materia aconseja la doctrina especializada, el intervalo de tiempo mencionado, sumado a la mecánica de la persecución, le dieron la oportunidad real y suficiente al imputado para disponer libremente del bien sustraído, permitiendo tener por cierto, tanto la permanencia fuera de la esfera de custodia por parte de su legítima propietaria, como así también, en forma paralela, el ejercicio de poder de disposición, ambos aspectos configurativos del aspecto objetivo del ilícito enrostrado: el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, quitándola de su esfera de custodia; y el apoderamiento material de la misma por parte del agente, con la posibilidad, comprobada en autos, que el agente realice –como lo hizo– sobre la cosa actos materiales de disposición. Por consiguiente, también en este punto, la sentencia impugnada debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido.

c. Conclusión

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de validez formal de la sentencia, como en el plano de la interpretación de los hechos y de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 204/210 por la defensa del acusado B. E. R. V. 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. F. J. D. para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal. efectos.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro. DR. MARIO D. ADARO Ministro. Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 09 de mayo de 2019.-

8- RODRIGUEZ BUCCI FERNANDO y ot.. 15-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
	NNA						CO							475
-	M	-	-	PCE	-	-	P1°	-	-	-	-3°	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcRodriguezB.pdf

Lex: Art. 164 y 41 Bis del CP. Art. 4 del decreto- ley 22278. Acordada 26976 SCJM. Convención de los Derechos del Niño. Art. 59 inc. 3, 62 y 67 del CP. Art. 353 inc. 4 y concordantes del CPP.

Vox: NNA. Robo agravado. Participación de menor. Derecho penal juvenil. Extinción de la acción. Escala penal reducida en caso de menores.

Summa:

El **TPC** rechazó el pedido de extinción de la acción penal por prescripción solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal.

La **defensa** de T. P. interpone recurso de casación contra la resolución ut supra referenciada (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que corresponde hacer lugar al recurso de la defensa técnica del imputado, debido a que, la disminución de la escala penal que prevé el **art. 4 del decreto/ley 22.278** resulta un imperativo para el juzgador, conforme al criterio sustentado por este Tribunal en el precedente **«Ledesma Reche»**.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle a fs. 165/167 vta. de autos y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 161/163 vta. dictada por la entonces Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial

Resolución cuestionada: Resolución pronunciada por Cuarta Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 2) -1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ledesma Reche. 23-12-14: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#https://jusbmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/02/Sentencia-Ledesma-Reche.pdf>

“La imposición de condenas a **penas perpetuas privativas de libertad a menores de edad**, resulta incompatible con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial con las exigencias del Derecho Internacional de protección de los derechos de niños y adolescentes.”

“Si la auto - organización del menor de edad debe ser entendida como ciudadanía penal en virtud de autolegislación, está claro que, al menos en el momento del hecho, los menores de dieciocho años no participaban del discurso político y, en consecuencia, se entiende restringida en ese aspecto su capacidad de auto - organización, lo que justificaría la **reducción de la pena a la escala penal de la tentativa.**”

“Quien toma parte de un homicidio agravado criminis causa destruye no sólo la vida de la víctima sino que, además, pone en tela de juicio una **pauta fundamental de la convivencia social**. El funcionamiento de nuestro orden social se entiende a si mismo sin homicidios, de modo que quien infringe la norma que prohíbe matar a otro afirma al mismo tiempo que dicha norma no rige para él.

Esa afirmación es la que debe contradecirse mediante la pena y en ello consiste su función de prevención general.”

“La teoría del delito no sólo se ocupa del hecho en su **dimensión histórica**, fáctica, como teoría de la acción humana, sino que tiene también la **función teleológica de atribuirle sentido al hecho de un sujeto** que, por circunstancias posteriores al hecho pueden modificarlo; así como la primera dimensión, en tanto realidad físico - natural resulta estática, la dimensión de sentido del hecho puede sufrir modificaciones. Expresado mediante un ejemplo: en el momento del hecho la comisión del delito puede tener un significado determinado, pero dicho significado cambia si posteriormente se deroga la norma desestabilizada por el comportamiento del autor. En tal caso se impone la retroactividad de la disposición más favorable para el imputado.”

“Lo que explica la menor culpabilidad de los jóvenes no es su menor desarrollo psicológico, sino su clara **disminución de su capacidad de auto - organización**: quien tiene un ámbito de organización que puede ser administrado por otros, tiene menos responsabilidad por las consecuencias lesivas que para terceros derivan de esa organización hetero - administrada.”

Expte.: 13-02843248-2 - F C/RIOS VALLEJOS, JUAN; HERRERA OSCAR, NAVARRO JULIO MARTIN Y LEDESMA JONHATAN P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV. EN CONC REAL P/RECURSO DE CASACION. Magistrado/s: PALERMO - PEREZ HUALDE – ADARO. Fuente.: Oficina de Jurisprudencia.

b-CSJN

- Maldonado. 07-12-05. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-maldonado-daniel-enrique-otro-robo-agravado-uso-armas-concurso-real-homicidio-calificado-causa-1174-fa05000337-2005-12-07/123456789-733-0005-0ots-eupmocsollaf>

Parágrafos destacados

“**Los precedentes jurisprudenciales no resultan de aplicación automática**, puesto que previamente debe examinarse la identidad o semejanza del caso sometido a juzgamiento con los presupuestos fácticos y jurídicos contemplados en la jurisprudencia que se pretende aplicar. Ello, debido a que sólo ante supuestos análogos resultará procedente su aplicación a fin de evitar desigualdades, tal como sostuve en **autos «Oros».**”

“El recurrente cuestiona, en lo esencial, el criterio seguido por el tribunal interviniente para determinar el plazo de prescripción en relación a los delitos atribuidos a menores, respecto de los cuales debe aplicarse una escala penal reducida, conforme surge de los **precedentes «Maldonado» de la CSJN y «Ríos Vallejos» de la SCJ de Mendoza.**”

“En otras palabras, **no resulta aplicable al presente caso la doctrina judicial invocada**, en tanto la cuestión a dilucidar es totalmente diversa.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Licencia). Adaro.

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04240486-6/1((010504-7697)) FC/RODRIGUEZ BUCCI FERNANDO DANIEL T.P., N.M. P/ROBO SIMPLE AGRAVADO POR LA PARTICIPACION DE UN MENOR (7697) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104310387*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04240486-6/1 caratulada "F. C/RODRÍGUEZ BUCCI, FERNANDO DANIEL Y T.P.N.M (MENOR) P/ ROBO SIMPLE S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa técnica de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle interpone recurso de casación contra la resolución obrante a fs. 161/163 vta., en tanto rechazó el pedido de extinción de la acción penal por prescripción solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal; pronunciamiento dictado por la entonces Cuarta Cámara en lo Criminal en autos N° P-7697/16.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal impugnado, en sala Unipersonal N° 1, resolvió del modo precedentemente señalado, expresando que «[...] en lo que respecta al sub examen, dicho fallo ["Ledesma Reche"] no resulta aplicable.

Ello así sucede por cuanto aquí no se trata de imponer una **pena a un menor cuya responsabilidad penal** haya sido declarada y cuya situación procesal haya transitado por un período de tutela cuyos resultados se encuentren incorporados en autos y que los mismos hayan sido evaluados por el Ministerio Público para efectuar el planteo formulado.

Además [...] no se trata en el sub lite de una pena perpetua. Aquí se trata de analizar una cuestión de prescripción de la acción penal por un delito de pena temporal y sin que se haya llegado a la etapa de juicio oral [...] la doctrina del fallo "Ledesma" [...] no puede considerarse como limitador de las facultades jurisdiccionales en torno al modo de seleccionar la pena concreta en el caso de menores infractores del Derecho Penal Juvenil.

En virtud de no resultar aplicable la doctrina de aquella jurisprudencia [...] no puede accederse al planteo que formula el Ministerio Público [Fiscal].

Ello sin perjuicio de [que] andando el proceso, la correcta interpretación y aplicación de lo normado por el tantas veces citado artículo 4 de la ley 22.278 lleve a la absolución del inculpado Nahuel Marcelo Tiritela Pesle» (resolución impugnada, fs. 163 y vta.).

2.- El recurso de la defensa de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle

Las recurrentes promueven su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Expresan que el pronunciamiento adolece de una **errónea subsunción legal**, basada en una valoración jurídica que no se ajusta a las normas y principios que rigen la Ley Penal de la Minoridad.

Sostienen que el a quo, al analizar lo dispuesto en el **art. 4 de la Ley 22.278**, ha entendido que la aplicación de la escala penal de la tentativa opera como una facultad y no como un imperativo para el juez de la causa, lo que si bien es una correcta interpretación semántica, ésta quedaría en manos del Fuero Penal de Menores, de acuerdo a lo dispuesto mediante **Acordada 26.976**.

Asimismo, las recurrentes consideran que el planteo de prescripción debió ser analizado al amparo no sólo de la Ley 22.278, sino también de la **Convención sobre los Derechos del Niño** y de los principios que tutelan el interés superior del niño, la garantía del juez natural y la aplicación de la pena como último recurso y por el menor tiempo que proceda.

En ese sentido, señalan que la circunstancia de que **los menores sean juzgados en el fuero ordinario** implica que la interpretación de los magistrados que lo integran pueda llegar a ser menos benevolente puesto que, en casos como el presente, en el fuero penal de menores la prescripción opera –sin discusión– cumplido el plazo establecido para el delito aplicando la reducción de la tentativa.

Ponen de resalto que el imputado de autos ha sido sometido a tratamiento tutelar por un tiempo suficiente y no ha incurrido en nuevos conflictos con la ley, lo que, además de demostrar un resultado positivo respecto del tratamiento, influye en la decisión que deba tomarse respecto de la prescripción de la acción penal.

Destacan que el a quo ha valorado la solicitud efectuada por el Ministerio Público Fiscal en relación a la prescripción de la acción, pero ha ignorado los argumentos esgrimidos por la defensa del imputado, lo que vicia la resolución impugnada.

Sostienen que en el **régimen penal juvenil** nos encontramos con una **escala penal reducida** que debe aplicarse obligatoriamente, conforme surge de los **precedentes «Maldonado» de la CSJN y «Ríos Vallejos» de la SCJ de Mendoza**.

En virtud de ello, consideran que, en el caso de autos, la escala penal aplicable para el delito de robo simple es de **tres años de prisión**, la que corresponde ser aplicada también a efectos de computar el tiempo de prescripción, el que se habría cumplido en fecha 11 de julio de 2016.

Por lo señalado solicita se haga lugar al recurso de casación y se dicte nueva sentencia, disponiendo el sobreseimiento por prescripción en favor de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle, por el delito de robo simple, previsto y penado por el art. 164 del Código Penal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que corresponde hacer lugar al recurso de la defensa técnica del imputado, en razón de que la disminución de la escala penal que prevé el **art. 4 del decreto/ley 22.278** resulta un imperativo para el juzgador, conforme al criterio sustentado por este Tribunal en el precedente **«Ledesma Reche»** y, con base en ello, en la presente causa se habría **extinguido la pertinente acción penal prescripción en el caso del menor**.

4.- La solución del caso

Voto Dr Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación deducido en favor de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle debe ser rechazado.

A fin de ordenar el tratamiento del recurso sometido a estudio, resulta conveniente determinar cuál es el tema central a dilucidar.

En ese orden, se advierte que el recurrente cuestiona, en lo esencial, el criterio seguido por el tribunal interviniente para **determinar el plazo de prescripción en relación a los delitos atribuidos a menores**, respecto de los cuales debe aplicarse una **escala penal reducida**, conforme surge de los precedentes **«Maldonado» de la CSJN y «Ríos Vallejos» de la SCJ de Mendoza**, según entiende.

A esos fines, sostiene que resulta **perjudicial el juzgamiento de menores en el fuero ordinario**, la inobservancia de la Convención sobre los Derechos del Niño y los principios que tutelan su interés superior, la garantía del juez natural y la aplicación de la pena como último recurso y por el menor tiempo que proceda, tal como ha ocurrido en el caso de autos. No obstante, estimo que tales argumentos no pueden ser acogidos en esta instancia, en virtud de las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe señalarse que, aún cuando el recurrente **no comparta el criterio adoptado por el a quo en relación al monto de pena a considerar para computar el plazo de prescripción, el juez interviniente ha dado suficientes razones** para resolver el planteo del modo en que lo hizo y para tomar la postura aquí cuestionada, sin que surjan de los agravios recursivos argumentos de entidad que logren refutarlos. De modo tal que no se advierten vicios que ameriten la nulidad del fallo cuestionado, como pretende la defensa del imputado.

En segundo lugar, corresponde recordar que **los precedentes jurisprudenciales** no resultan de aplicación automática, puesto que previamente debe examinarse la identidad o semejanza del caso sometido a juzgamiento con los presupuestos fácticos y jurídicos contemplados en la jurisprudencia que se pretende aplicar. Ello, debido a que sólo ante supuestos análogos resultará procedente su aplicación a fin de evitar desigualdades, tal como sostuve en autos **«Oros»**.

Ahora bien, en lo que concierne a la cuestión sometida a estudio, advierto claramente que no existe semejanza entre los supuestos fácticos investigados en estos obrados con los concernientes a los precedentes invocados, como tampoco en relación a las circunstancias jurídicas.

Lo afirmado obedece a que, si bien los imputados en las tres causas resultaron ser menores al momento de comisión de los hechos respectivos, en las **causas «Maldonado» y «Ledesma Reche» -«Ríos Vallejos»**, para ser preciso- los acusados fueron condenados inicialmente a la pena de **prisión perpetua** por encuadrar los hechos que se les atribuían en la figura prevista por el **art. 80, inc. 7° del CP**-y ése fue el agravio que dio lugar a la doctrina que de ellos emana-, mientras que en la presente causa no sólo se investiga la presunta responsabilidad de Tiritela Pesle en el delito de robo simple (art. 164 del C.P.), sino que todavía no ha recaído sentencia alguna en el proceso seguido en su contra.

En otras palabras, **no resulta aplicable al presente caso la doctrina judicial invocada**, en tanto la cuestión a dilucidar es totalmente diversa. En los presentes obrados se está objetando el criterio para determinar el monto de pena a tener en cuenta para computar **la prescripción de la acción** en un proceso judicial aún en trámite, mientras que en aquellos precedentes se cuestionaba la **gravedad de la pena impuesta**, de acuerdo a los fines de ese instituto, y la observancia de los principios y recaudos legales para su imposición.

A ello cabe agregar que las alegaciones defensivas referidas **al resultado positivo del tratamiento tutelar no pueden ponderarse en orden a establecer el término de la prescripción**, como pretende la impugnante, en razón de constituir esas circunstancias extremos propios de la etapa de imposición de la pena -siempre que se hubiese declarado la responsabilidad penal del imputado- y no de una fase procesal previa como la que transitan estos obrados.

En tercer lugar, la recurrente sostiene que el planteo de prescripción se hubiese resuelto de modo más favorable a los intereses del imputado si la causa se hubiese sustanciado ante el **fuero de menores**, toda vez que el criterio que ella propicia es el sostenido por la totalidad de los tribunales especiales.

No obstante, tal argumento no puede prosperar, puesto que esa misma defensa, a pesar de conocer las circunstancias que invoca, **consintió la radicación de la causa en la justicia ordinaria** -concretamente la entonces Cuarta Cámara del Crimen en forma colegiada-, sin efectuar ningún tipo de objeción al respecto, conforme surge de la notificación de fs. 153 vta. y las actuaciones posteriores.

En función de ello, no resulta admisible un cuestionamiento contradictorio con la actividad desplegada por la propia recurrente. Al respecto, cabe agregar que el criterio de los magistrados del fuero penal de menores en relación a un tema determinado de ningún modo resulta vinculante para el resto de los jueces, máxime si la posición diversa se encuentra debidamente fundada en derecho y no adolece de arbitrariedades, como el caso sometido a consideración de este Tribunal.

En función de lo expuesto, entiendo que el planteo deducido por la defensa del imputado no puede ser acogido en esta instancia.

En definitiva y en virtud de las consideraciones precedentes, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Nahuel Marcelo Tiritela Pesle a fs. 165/167 vta. de autos y, en consecuencia, confirmar la resolución obrante a fs. 161/163 vta. dictada por la entonces Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de mayo de 2019.-

9- MARTINEZ FERNANDEZ. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	478

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=60>

Lex: Art. 164, 41, 45, 26 y 27 del CP.

Vox: Robo simple. Calificación legal. Condena efectiva. Condena condicional. Fundamentación de la pena.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de cumplimiento efectivo**, como autor del delito de robo simple (arts. 45 y 164 del Código Penal).

La **defensa** funda su pretensión a tenor del art. 474 del CPP por considerar que la sentencia presenta vicios in iudicando e in procedendo. Cuestiona el quantum y modalidad de cumplimiento de la pena.

El **Procurador General** al examinar los agravios promovidos señala que el recurso no resulta sustancialmente procedente y que, debe confirmarse la validez de la sentencia.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 103, pronunciada por el TPC N° 1 - 2 CJ*

En su discurso de cierre, el Sr. Fiscal valoró la prueba. Mantuvo, en síntesis, la acusación respecto del ROBO AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO MEDIANTE EL EMPLEO DE UN ARMA IMPROPIA –art. 166 inc. 2 primera parte del C.P.-, retirando la circunstancia agravante prevista en la última parte del art. 166 inc. 2 del C.P.- En función de lo expuesto y a los fines de la determinación de la pena, luego de analizar las circunstancias de los arts. 40 y 41 del C.P., solicitó se imponga al acusado el mínimo de la escala penal aplicable: CINCO AÑOS DE PRISIÓN. A su turno, la defensa del acusado, luego de valorar con esmerada dedicación la prueba ingresada, solicitó se condene a su asistido por el delito de ROBO SIMPLE, a los términos del art. 164 del C.P., imponiéndosele el mínimo de la escala penal prevista, dejando en suspenso su ejecución por darse, a su entender los presupuestos del art. 26 C.P.-La jueza a quo condenó al señalado por el delito de ROBO SIMPLE (art. 164 CP) a la pena de tres años de cumplimiento efectivo, desestimando la condicionalidad de la ejecución de la condena impuesta.

Precedentes citados

a-SCJM

- Gutiérrez Farías Enzo. 23-12-14

Parágrafos destacados

Fundamentación de la pena condicional: ...establece un límite a su aplicación disponiendo que la decisión debe fundarse en «[...] la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad (art. 26 del Código Penal)» (“Fc/Gutiérrez Farías Enzo”).

En efecto, entiendo que la sentencia luce suficientemente fundada en torno a la modalidad de cumplimiento de la sanción impuesta, no sólo en su monto sino también en lo relativo a la forma de cumplimiento.

De la lectura del recurso, independientemente de la distinción de agravios que expresa el recurrente en vicios in iudicando e in procedendo, es posible extraer que **el núcleo de la crítica gira en torno a la individualización de la pena**. Por un lado critica su monto, tres años, por estimarlo alto, arbitrario, inmotivado, con omisión de consideraciones acerca de las circunstancias personales. Además, difiere en la calificación de la **naturaleza de la acción del autor**. Por otro lado se queja que aquella pena se estableciera en la modalidad de cumplimiento en efectivo, toda vez que la presente resulta la primer condena de su defendido.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Llorente

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04415182-5/1((028601-34316)). FC/MARTINEZ FERNANDEZ GASTON URIEL P/ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA (34316) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104495242*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04415182-5 caratulada "Fc/Martínez Fernández Gastón Uriel s/ Casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro y tercero Dr. Pedro J. Llorente.

El defensor técnico de Gastón Uriel Martínez Fernández, interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 103, de fecha 27 de julio de 2.018, obrante a fs. 75 y vta. y sus fundamentos de fs. 78/82, en tanto condena al nombrado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, como autor del delito de robo simple (arts. 45 y 164 del Código Penal).

El pronunciamiento cuestionado fue emitido por la titular de la Sala Unipersonal N° 5 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial en autos N° **P-34.316/18**.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo

1.- Sentencia recurrida

La sentencia impugnada, en lo pertinente para la solución del presente recurso establece que «[...] surge sin ninguna duda razonable que el acusado Martínez Fernández alrededor de las 7:30 hs del día 7 de mayo del corriente interceptó a Santiago Leonel Méndez Araya y a su esposa Luciana Molina cuando caminaban por calle Los Filtros a unos metros de calle República de Siria [del departamento de San Rafael], y ejerciendo violencia sobre ellos, aplicando dos golpes en la cabeza del muchacho y exhibiendo a la pareja **un elemento metálico** de color negro, logró apoderarse ilegítimamente de los dos teléfonos celulares que la pareja llevaba consigo para luego abandonar el lugar [...]».

Para así decidir la jueza valoró, entre los elementos más destacados, las declaraciones testimoniales de Luciana Molina, Santiago Leonel Méndez, Juan Luján Frigerio y Claudio Habiján y el resto de la prueba instrumental debidamente incorporada.

2.- Recurso de casación

El recurrente funda su pretensión a tenor del art. 474 del CPP por considerar que la sentencia presenta vicios in iudicando e in procedendo.

En primer lugar el defensor técnico del imputado cuestiona **el quantum de la pena privativa de la libertad** impuesta a su defendido en atención al delito por el cual fue condenado.

Sostiene el recurrente que la pena de tres años es extremadamente alta en razón de que la escala penal del delito atribuido -robo simple art. 164 del CP- va desde los 2 meses (sic) de prisión a los seis años.

En el caso traído a examen considera que el tribunal no analizó los requisitos mencionados por el **art. 41 del CP** ni aplicó el criterio más benigno en razón de la naturaleza de la acción y los medios empleados para

ejecutarla, peligrosidad del encartado y demás pautas personales y circunstanciales para definir el quantum de la pena. Afirma que la resolución es arbitraria y sin motivación suficiente.

Critica que no se haya valorado la **ausencia de antecedentes penales** computables y estima que la naturaleza de acción desplegada no ha sido grave. Reclama se valore la inexperiencia e ingenuidad de su asistido, la falta de utilización de armas en el evento y la corta edad del condenado. Critica que se haya valorado como agravante la hora en que se cometió el delito ya que en la ocasión el imputado llegaba para acostarse y las víctimas iban a trabajar por lo que el encuentro en ese horario fue ocasional. Solicita se valoren la escasa cantidad de elementos sustraídos y destaca la enorme torpeza de su defendido.

En segundo lugar cuestiona que la pena fuese de cumplimiento en efectivo y sostiene que también en este punto la sentencia resulta arbitraria e inmotivada.

Solicita se reduzca la condena impuesta al mínimo legal para el delito atribuido y se apliquen los arts. 26 y 27 del Código Penal.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 94/95 se encuentra agregado el dictamen del señor Procurador General. Al examinar los agravios promovidos señala que el recurso no resulta sustancialmente procedente y que, debe confirmarse la validez de la sentencia.

Afirma que la pena impuesta se encuentra comprendida dentro de la escala penal prevista para el delito de robo simple. De tal manera considera que los agravios en lugar de exponer errores, denotan una **discrepancia con la valoración** de la a quo.

Estima que los fundamentos son claros y razonados sin advertir arbitrariedad alguna. Añade que la jueza de sentencia no se limitó a efectuar una mera referencia a las pautas de **los arts. 40 y 41 del CP**, sino que analizó condiciones objetivas y aspectos subjetivos aplicándolos al caso concreto, de manera tal que la pena no aparece desproporcionada. A su vez expresa que la juzgadora plasmó los motivos por los cuales consideraba que el encierro aparecía como necesario para asegurar el fin resocializador.

Concluye que a la luz del hecho perpetrado y la fundamentación de la pena impuesta, el monto de la misma y la modalidad de ejecución impuesta no aparece como desproporcionada ni carente de fundamentación, motivo por el cual a su criterio corresponde rechazar los agravios defensivos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Del examen del recurso de casación promovido y el acto sentencial impugnado, adelanto opinión en el sentido de que corresponde rechazar el primero de los nombrados y confirmar la resolución criticada, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

Preliminarmente debo decir que la censura casatoria resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia condenatoria recurrida encuentra encuadre en las previsiones que el Código Procesal Penal establece en atención a las disposiciones de los arts. 475 y 478 inc 1 del CPP.

De la lectura del recurso, independientemente de la distinción de agravios que expresa el recurrente en vicios in iudicando e in procedendo, es posible extraer que **el núcleo de la crítica gira en torno a la individualización de la pena.**

Por un lado critica su monto, tres años, por estimarlo alto, arbitrario, inmotivado, con omisión de consideraciones acerca de las circunstancias personales. Además, difiere en la calificación de la **naturaleza**

de la acción del autor. Por otro lado se queja que aquella pena se estableciera en la modalidad de cumplimiento en efectivo, toda vez que la presente resulta la primer condena de su defendido.

En relación al **monto de pena individualizado** por la jueza, el agravio debe rechazarse toda vez que aquélla ha sido adecuadamente fijada y los motivos expuestos por la sentenciante resultan suficientes.

Al respecto y como agravantes la jueza señaló el **aprovechamiento de la nocturnidad** como también la escasa circulación de la zona en que se llevó a cabo el hecho, estimando que tales circunstancias «[al acusado] le aseguraba un dominio y señorío total sobre la situación [...]». Además, ponderó la forma imprevista en que apareció Martínez Fernández y la sorpresa que resultó su presencia para las víctimas, de manera tal que éstas no pudieron articular una defensa, paralizándolas emocional y mentalmente. Tomó en consideración el nivel de determinación del autor valorando la ausencia de causas que lo impulsaron a cometer el hecho y la falta de necesidad de cometerlo puesto que lo estimó apto como para ganarse el sustento propio. Valoró también que, en atención a las circunstancias en que se llevó a cabo el hecho el nivel de violencia desplegado por el imputado no fue necesario para lograr el resultado pretendido en atención a las condiciones de las víctimas y el lugar y momento en que aquél se llevó a cabo.

Estimo que todas estas consideraciones han sido correctamente valoradas como circunstancias agravantes, motivo por el cual desde esta perspectiva corresponde rechazar el agravio promovido, puesto que la gravedad del hecho se encuentra correctamente determinada.

Por otro lado yerra el recurrente al señalar que se omitió ponderar circunstancias atenuantes de la pena impuesta a Gastón Martínez. Efectivamente la jueza meritó con tales efectos la juventud del imputado y la ausencia de antecedentes penales computables, considerando «justo y equitativo» la imposición de una pena que situó en el rango medio de la escala.

De lo expuesto, entiendo que contrariamente a lo que afirma el defensor técnico del imputado, la inexperiencia y corta edad de su defendido sí fueron tomadas en consideración para morigerar la pena a imponer.

Conforme lo señalado considero que en la sentencia cuestionada se han detallado de manera suficiente las circunstancias objetivas y subjetivas precisas para individualizar la pena aplicada, resultando suficiente la fundamentación en la que se sustenta el razonamiento judicial.

Por último considero que tampoco le asiste razón al recurrente en relación a las críticas que formula respecto al modo de cumplimiento de la pena de prisión impuesta a Gastón Uriel Martínez Fernández.

En efecto, entiendo que la sentencia luce suficientemente fundada en torno a la modalidad de cumplimiento de la sanción impuesta, no sólo en su monto sino también en lo relativo a la forma de cumplimiento.

Al respecto la jueza motiva la necesidad de cumplimiento de la pena en forma efectiva y señala al efecto « [...] los motivos que lo impulsaron a delinquir –la mera obtención de algunas pocas cosas que las víctimas podían llevar consigo–, y la naturaleza del hecho y su gravedad en lo que hace a la modalidad de ejecución». Por otra parte, entiendo que, al resultar la sentencia una unidad lógica las consideraciones formuladas en torno a las circunstancias que se ponderaron para definir la cantidad de pena se vinculan con la solución que aquí se cuestiona.

Conforme sostuve la norma que regula el instituto de la condena de ejecución condicional, luego de definir que tal **disposición es una atribución facultativa del Tribunal de sentencia**, establece un límite a su aplicación disponiendo que la decisión debe fundarse en «[...] la personalidad moral del condenado, su

actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad (**art. 26 del Código Penal**)» (**“Fc/Gutierrez Farías Enzo”**).

De tal manera, entiendo que las razones en virtud de las cuales la jueza dispone que no resulta posible aplicar el instituto reclamado se desprenden de las circunstancias valoradas las que evidencian a la sentencia la inconveniencia de dejar en suspenso su ejecución y la determinan a aplicar la privación de libertad de manera efectiva.

Así, considero que los argumentos brindados por la jueza resultan suficientes para fundar el cumplimiento efectivo de la pena, y contrariamente a lo que sostiene el recurrente no resulta arbitraria y debe ser confirmada como acto jurisdiccional válido.

Por los motivos expuestos concluyo que el recurso casatorio promovido no puede prosperar toda vez que no se advierten en el acto sentencial impugnado los vicios promovidos, de manera tal que la censura luce como mera discrepancia con la valoración llevada a cabo por la jueza de sentencia en relación al monto y la modalidad de la pena impuesta, por resultar contraria a sus intereses de parte.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada y rechazar el recurso de casación interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Llorente. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto toda vez que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Gastón Uriel Martínez Fernández a fs. 84/88.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Daniel Sama y Bernardo Bisceglia para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO – Ministro. DR. JOSÉ V. VALERIO – Ministro. DR. PEDRO J. LLORENTE – Ministro

10- CASTILLO CASTILLO. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	B	-	AFA	PCE	-	EGT	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcCastillo.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Poblado y banda. Tentativa. Lesiones leves dolosas agravadas. Relación de pareja. Violencia de género. Condena efectiva. Condena condicional. Fundamentación de la pena.

Summa:

El **TPC** condenó a:

a- Orellana- DAOB- a la pena de **tres años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo**, como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (artículos 166 inc. 2°, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP), y como autor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente (art. 92 en función con los artículos 89 y 80 inc. 1° del CP);

b- Masanet -GAMV- a la pena de **tres años de prisión de cumplimiento efectivo** como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (artículos 166 inc. 2°, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP), y

c- Castillo- MLCC- a la pena de **tres años de prisión de cumplimiento efectivo** como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (artículos 166 inc. 2°, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP).

La **defensa técnica** de los señalados interpone recurso de casación. (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Precedentes citados

a-SCJM

- López Fernández. 23-12-14
- Ledesma Barrera

Parágrafos destacados:

Es que, la mera enunciación de un agravio no resulta suficiente para permitir la labor de este Cuerpo, ya que constituye una obligación de la defensa explicar de qué modo y en qué momento del razonamiento se ha producido el error, según lo resuelto en los precedentes registrados en «López Fernández»; «Ledesma Barrera», entre otros

CSJM. **Valerio**. Llorente. Adaro.

(E.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04413981-7/1((018602-146552)) FC/CASTILLO CASTILLO MAURICIO L. MASANET VELAZQUEZ GABRIEL A. Y ORELLANA BUSTOS DANIEL A. P/ROBO AGRAVADO (146552) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104493981*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04413981-7/1, caratulada "FC/ CASTILLO CASTILLO MAURICIO, MASANET VELAZQUEZ, GABRIEL; ORELLANA BUSTOS, DANIEL P/ROBO AGRAVADO USO ARMA APTA PARA EL DISPARO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Daniel Alejandro Orellana Bustos, Gabriel Alejandro Masanet Velázquez, Mauricio Leandro Castillo Castillo interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 60 y sus fundamentos, que condenó a Daniel Alejandro **Orellana** Bustos respectivamente a la pena de tres años y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo, como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (artículos 166 inc. 2°, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP) que se le atribuye en la causa N° P-146.552/17, y como autor del delito de lesiones leves dolosas agravadas por la relación de pareja preexistente que se le atribuye en la causa N° P- 6.897/14 (art. 92 en función con los artículos 89 y 80 inc. 1° del CP; a Gabriel Alejandro **Massanet** Velázquez a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (artículos 166 inc. 2°, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP) que se le atribuye en la causa N° P- 146.552/17 y a Mauricio Leandro **Castillo** Castillo a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado en poblado y en banda en grado de tentativa (artículos 166 inc. 2°, segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP) que se le atribuye en la causa N° P-146.552/17.

El fallo fue pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal tuvo por acreditado, en lo aquí pertinente, que el día 17 de octubre de 2017, aproximadamente a las 22:15 horas, Mauricio Leandro Castillo Castillo, Daniel Alejandro Orellana Bustos y Gabriel Alejandro Masanet Velázquez, se encontraron en calle Boedo, sin poder precisar numeración exacta, pero a la altura del Liceo Rugby Club de Carrodilla.

En ese momento, la víctima, Leandro Jesús Vera Bordón caminaba por calle Boedo con dirección al este y al pasar a la altura de un rodado Dodge 1500 color azul oscuro estacionado con su parte delantera hacia el este, uno de los autores salió del interior de una acequia y lo tomó del brazo manifestándole «dános lo que tengas» sustrayendo a la víctima treinta pesos en efectivo. A su vez, otro de los sujetos, que portaba un **arma de fuego** en una de sus manos apuntó a la cabeza y le manifestó «quedate quieto sino sos

boleta». Seguidamente la víctima logró liberarse de la situación y corrió en dirección hacia el este por calle Boedo, observando a los autores del hecho subirse al vehículo Dodge 1500. En este último se encontraba el tercero de los autores en el puesto del **conductor**. Así y a fin de asegurar la fuga una vez cometido el ilícito, el rodado inició su marcha, dio la vuelta por calle Boedo y se retiró con dirección al oeste, perdiéndolos de vista la víctima.

Para así decidir el juez valoró entre otros elementos, las declaraciones testimoniales de Leandro Jesús Vera Bordón, de Néstor David Sepúlveda Quiroga, Deborah Aldana Naranjo, el acta de denuncia de fs. 1/2, y el acta de procedimiento y croquis de fs. 5, 6, 7 respectivamente.

2.- Recurso de casación

El recurrente funda la queja en el art. 474 incisos 1 y 2 del CPP, por entender que la sentencia adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

Considera que la sentencia es arbitraria en orden a la **fijación de la pena impuesta** y entiende que el juzgador no ha contemplado las circunstancias atenuantes y agravantes que prevé la ley sustantiva.

Refiere que los **imputados carecen de antecedentes penales**, que no hubo daño y que la víctima no fue violentada físicamente.

En ese mismo orden, sostiene que **no se ha determinado el grado de participación** de cada uno de los acusados, circunstancia que a su criterio influye en el proceso de determinación de la pena. Solicita la aplicación del art. 2 del CPP, y en subsidio la **reducción de la pena** de los imputados Masanet, Castillo y Orellana bajo la modalidad de la ejecución condicional.

Considera que los fundamentos de la sentencia cuestionada carece de nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que se arriba. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. En tal sentido entiende que el empleo de un arma de fuego cuya circunstancia es comunicable a todos los partícipes del delito, el aprovechamiento por los acusados de las horas de la noche y la realización del hecho en una zona semi rural y en las inmediaciones de una bodega, son elementos que coadyuvan al establecimiento de una pena efectiva, considerando que no existen razones válidas que justifiquen la imposición de una condena condicional a pesar de la falta de antecedentes de los acusados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

Respecto del cuestionamiento vinculado a la motivación de la sentencia cuestionada, entiendo que el recurrente ha esbozado de modo genérico una pretendida falta de logicidad entre la prueba recibida y las conclusiones a las que arriba el sentenciante, pero no ha determinado ni precisado el modo en que la supuesta afectación se habría producido, falencia advertida que obstaculiza la labor de control casatorio en esta instancia extraordinaria.

Es que, **la mera enunciación de un agravio no resulta suficiente para permitir la labor de este Cuerpo**, ya que constituye una obligación de la defensa explicar **de qué modo y en qué momento del razonamiento se ha producido el error**, según lo resuelto en los precedentes registrados en «**López Fernández**»; «**Ledesma Barrera**», entre otros. Dicho cuanto antecede, respecto del agravio relativo al cuestionamiento de la pena, tal como lo anticipé, la pretensión no será receptada, toda vez que la queja

se articula como una disconformidad con la labor del juez respecto del monto y la modalidad de cumplimiento de la pena, que no alcanza a conmover la validez de la sentencia cuestionada. Entiendo que el Tribunal ha aplicado correctamente la normativa prevista en la legislación de fondo como parámetro a tener en cuenta a los fines de determinar judicialmente la pena, valorando diversas circunstancias, tanto del hecho criminoso en sí, como personales de los imputados, asignándole a ellas el valor de ser agravantes y atenuantes en la operación de mensuración de pena. En efecto, el juez valoró debidamente aquellos indicativos previstos normativamente (art. 40 y 41 del C.P.) y estableció como circunstancias agravantes las siguientes: el lugar donde se cometió el hecho esto es, una zona semi rural y en las inmediaciones de una bodega en la que ingresan y salen una cantidad importante de trabajadores, el momento en que aconteció, esto es en horas de la noche; y finalmente, consideró la actitud posterior al delito, en tanto el imputado Mauricio Leandro Castillo se dio a la fuga, tal como surge de las declaraciones de los efectivos policiales. En el caso de los imputados Castillo y Masanet el juzgador consideró la naturaleza de la acción y los medios empleados para cometer el delito, como también el peligro causado, por lo que estimo justo imponer la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. En cuanto a Orellana, el a quo valoró particularmente que el grado de culpabilidad resultó más intenso, dado que se lo condenó por otro delito en el que fue víctima una mujer (causa N° P-6.897/14); por lo que apreció que la pena de tres años y dos meses, de cumplimiento efectivo, resultó la más adecuada. Como se advierte el juez ha dado razones que estimó adecuadas para determinar la pena que corresponde aplicar a cada uno de los acusados, ello tanto en su quantum como en su modalidad. Por otro lado, respecto de la señalada omisión en la valoración de los antecedentes de los acusados cabe decir que, independientemente del valor que puedan tener los antecedentes de los imputados en el proceso de individualización de la pena, entiendo que la pena impuesta a Castillo, Masanet y Orellana refuta suficientemente el grado de intervención en el injusto endilgado y el grado de culpabilidad por el mismo, de modo que la falta de valoración de este criterio en un sentido atenuante no repercute en un interés atendible. A idéntica conclusión cabe arribar en relación a la falta de determinación del grado de intervención de los acusados en el proceso de determinación de la pena. Ello en tanto, el juzgador ha tenido por acreditado que el hecho fue perpetrado por tres personas que se pusieron de acuerdo para actuar organizadamente en aras de un fin ilícito, actuaron de manera organizada, conforme un plan común pre ordenado (fundamentos, fs. 390). En este sentido, comparto lo expresado por el Procurador cuando sostiene por las particulares circunstancias del caso que el empleo del arma de fuego es comunicable a todos los partícipes del delito, de modo que la comunicabilidad de las circunstancias del robo son atribuibles a todos los imputados. Para concluir, encuentro que tampoco puede prosperar la pretensión de la aplicación del principio in dubio pro reo, toda vez que el juzgador ha obtenido certeza respecto de la existencia del hecho como de la participación de los acusados en el mismo, a través de una adecuada valoración del plexo probatorio, tal como lo he afirmado en los párrafos que anteceden, circunstancias que obstan a la procedencia del reclamo casatorio. Por tales razones y opinión concordante del Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lideró.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dr. Adaro: adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASI VOTO Sobre la misma cuestión, los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE: 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 414/420, por la defensa de Daniel Alejandro Orellana Bustos, Gabriel Alejandro Masanet Velázquez, Mauricio Leandro Castillo Castillo. 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Jorge Hinojosa para su oportunidad. 3.- Tener presente la reserva federal formulada. 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro

11- GENOVESI OLIVERA, ZARATE y ot. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	P1°	-	-	-	-	-	N	474 150

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcLeon.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° supuesto del CP. Art. 147, 150 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Partícipe primario. Nulidad. Interpretación restrictiva. Interés legítimo. Perjuicio irreparable. Acta de procedimiento. Falta de firma de testigos de actuación. Registro de vehículo.

Summa:

El TPC condenó a Jorge Daniel Zarate Aviles a la pena de **cinco años de prisión** como partícipe primario en el delito de robo agravado por el uso de arma (art. 45, 166 inc. 2°, primer supuesto del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 99, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

α-SCJM

Nulidad.

- «Chavarría González»
- «Murcia Lucero».

α-CSJN

- Acosta. 04-05-00.

Parágrafos destacados

“Al respecto, cabe recordar que nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto **lesiona el interés de las partes**. Dicha exigencia tiene por finalidad **evitar el establecimiento de nulidades puramente formales**, haciendo lugar sólo a aquéllas que **tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés**. En este orden cabe recordar lo señalado por la CSJN en el sentido de que «que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes. Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re “Acosta”, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). En efecto, la **afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable** son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad» (Fallos 325:1404).”

“«...[L]a defensa no logra poner de manifiesto qué perjuicio concreto le generaba la ausencia de firma del testigo de actuación, de algo que ya había ocurrido, pues no ha controvertido los datos contenidos en

dicho instrumento; con lo cual comparto la tesitura del juez de anterior instancia al considerar que se trata de un planteo de nulidad por la nulidad misma, que en consecuencia debe ser desestimado»

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Licencia). Adaro.

(E.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04460293-2/1((018602-115389)) FC/LEON DAMIAN GENOVESI, OLIVERA HEBER, ZARATE AVILES JORGE P/ROBO AGRAVADO (115389) P/ REC.EXT.DE REVISIÓN-CASACIÓN *104541189*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04460293-2/1 caratulada "F. C/ LEÓN DAMIÁN EMANUEL, ZARATE AVILES, JORGE DANIEL, GENOVESI OLIVERA HEBER EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO POR USO DE ARMAS/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Jorge Daniel Zarate Aviles interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 99 (fs. 565/566) que condenó al nombrado a la pena de cinco años de prisión como partícipe primario en el delito de robo agravado por el uso de arma (art. 45, 166 inc. 2°, primer supuesto del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial, en autos N° P- 115.389/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal ha tenido por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio que da cuenta de que el 11 de agosto de 2017, a las 15:15 horas, Tomás Agustín Maylin Muñoz se encontraba en la intersección de calles Lisandro Moyano y Mathus Hoyos de Las Heras y observa que en reiteradas oportunidades circula por calle Lisandro Moyano, una camioneta marca Renault Kangoo color verde agua, dominio DFR 716, **conducida por Jorge Daniel Zarate Aviles** y en el asiento del acompañante Cristian Ocaña Pozo. Instantes después de ello se le acercaron Daniel Emanuel León y Heber Emanuel Genovesi Olivera y mientras uno le apoyaba un cuchillo en el estomago y le exigía sus pertenencias, el otro recibía lo que la víctima entregaba contra su voluntad, sustrayéndole una campera marca Adidas, una mochila color negra con elementos de librería en su interior, una billetera color negra y un celular marca Samsung, modelo J1, color negro; para luego retirarse ambos corriendo por calle Mathus Hoyos hacia el este, girando luego por calle Guido Spano hacia el sur y abordaron la camioneta en la que los esperaba Zarate Aviles y Ocaña Pozo, dándose a la fuga a gran velocidad por calle Guido Spano. A las 16:20 horas, de ese mismo día, personal policial actuante que patrullaba la zona, observó sobre calle O´Higgins, entre calles Azcuénaga y Libertad del Barrio Espejo de Las Heras, a la altura municipal N° 2965, una camioneta marca Renault Kangoo color verde agua de similares características a las aportadas, encontrándose en su interior los cuatro sujetos identificados, como así también los objetos sustraídos a Tomas Maylin, razón por la cual fueron aprehendidos y se secuestraron los elementos sustraídos y el vehículo en el cual se transportaban. Para así decidir el tribunal valoró, entre otros elementos probatorios, la declaración testimonial de Tomas Maylin Muñoz, de Emilio Panasitti, de Luis Artaza y de Cristian Ocaña Pozo, incorporada con acuerdo de partes, como así también las declaraciones de los imputados Damián Emanuel León, Heber Emanuel Genovesi y Jorge Daniel Zarate Aviles.

2.- Recurso de casación

El recurso se articula en función del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la invalidan como tal.

2. a. Vicios formales

Denuncia la nulidad del acta de procedimiento por falta de firma de testigos de actuación. Entiende que en el caso particular, se trata de un supuesto de **nulidad absoluta** en tanto el **registro que se realizó del vehículo** fue hecho en franca violación a las garantías del debido proceso, toda vez que se trató de un acto definitivo e irreproducible

2. b. Vicios sustantivos

Alega errónea aplicación del art. 45 del CP. Sostiene que el hecho **se consumó con independencia de la participación de Zarate Aviles**, quien no se encontraba en el radio de actuación de León y Genovesi.

Hace referencia al testigo que manifestó haber visto a Zarate en el momento de la huida, más indica que no fue individualizado ni fue citado con posterioridad a sede judicial.

En este sentido señala que la circunstancia del hallazgo de parte de los bienes sustraídos en la camioneta conducida por Zarate no lo hace penalmente responsable. Indica que su asistido desconocía la existencia de los bienes sustraídos.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 617/619, el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. Ello en tanto considera que la impugnación se sustenta en la **reedición de la estrategia defensiva** sin que se logre conmover la validez de la sentencia atacada.

En ese sentido, sostiene que el tribunal tuvo por acreditado que Zárate fue quién llevó al lugar a los dos autores del asalto, León y Genovesi, y luego fue quién condujo el vehículo en el que se dieron a la fuga.

A igual solución arriba en relación al vicio formal articulado, toda vez que considera que **la defensa no cuestionó oportunamente el acta de procedimiento** sino que, incluso, además **fue ofrecida por la parte defensiva como prueba para la etapa del plenario**, razones en las que sustenta el rechazo de los agravios articulados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa técnica del imputado, en tanto no ha logrado desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria que aquí se cuestiona. Paso a explicarlo.

4. a. Vicios formales

Tal como surge del escrito recursivo y de los fundamentos impugnados, los cuestionamientos esgrimidos por el recurrente consisten en planteos que fueron introducidos durante el debate oral y público –algunos en la etapa preliminar y otros durante sus alegatos– y que han sido reiterados en esta instancia a modo de agravios casatorios.

En función de ello y a fin de efectuar su análisis en forma ordenada, procederé a su tratamiento comenzando por las **nulidades deducidas**, luego me referiré a la valoración de los elementos de prueba incorporados, para finalmente abordar el análisis y tratamiento de los vicios sustantivos.

Al respecto, cabe recordar que nuestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto **lesiona el interés de las partes**.

Dicha exigencia tiene por finalidad **evitar el establecimiento de nulidades puramente formales**, haciendo lugar sólo a aquéllas que **tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés**. En este orden cabe recordar lo señalado por la CSJN en el sentido de que «que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes. Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (entre otros, in re **“Acosta”**, A. 63. XXXIV, sentencia de fecha 04/05/2000). En efecto, la **afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable** son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad» (Fallos 325:1404).

Con base en esos parámetros, considero que los agravios defensoristas no poseen tal entidad, toda vez que no se advierte de las constancias de la causa ninguna vulneración a los derechos o garantías del imputado. Por el contrario, entiendo que su defensa ha sido ejercida plenamente a través de las diferentes etapas del proceso, procurando la observancia de aquéllas, aún cuando los resultados no hayan sido favorables. Asimismo, corresponde señalar que los puntos de agravio no pueden ser atendidos en esta instancia, toda vez que constituyen tan sólo una reedición de los planteos efectuados durante el plenario -que han sido rechazados en forma suficientemente fundada por el tribunal de juicio- y no se aportan argumentos que desvirtúen los argumentos del a quo o que pongan de resalto algún vicio en el pronunciamiento cuestionado. Veamos.

El tribunal al momento de resolver el planteo formulado admitió que, tal como sostiene el defensor, el acta de procedimiento carece de la firma del testigo mencionado por personal policial actuante.

Sin embargo, sostuvo que el planteo defensivo carecía de la decisividad pretendida por el recurrente en tanto **no ejerció en la oportunidad procesal** que prevé el Código de formas la facultad de interponer las nulidades que no se hubiesen argüido con anterioridad; más aún cuando, según se desprende las constancias de la causa, el acta fue ofrecida como prueba instrumental por parte de los ahora recurrentes (fs. 497; 503).

Firma de testigo de actuación.

Por otra parte, la defensa no logra poner de manifiesto qué perjuicio concreto le generaba la **ausencia de firma del testigo de actuación**, de algo que ya había ocurrido, pues no ha controvertido los datos contenidos en dicho instrumento; con lo cual comparto la tesitura del juez de anterior instancia al considerar que se trata de un **planteo de nulidad por la nulidad misma**, que en consecuencia debe ser desestimado.

Nulidad por la nulidad misma. Nulidades formales.

En este mismo sentido se ha pronunciado este tribunal en **CUIJ 13-04289877-9/1 «Chavarría González»**; **CUIJ 13-03877925-5/1 «Murcia Lucero»**, entre otros.

En virtud de ello, considero que los agravios referidos a la valoración probatoria en la causa que nos ocupa no resulta ser más que una opinión diversa basada en la posición procesal asumida, que no logra desvirtuar el análisis efectuado por el sentenciante y, por ello, deben ser descartados.

4. b. Vicios sustantivos

En cuanto al vicio sustantivo alegado entiendo que el mismo no puede prosperar.

El agravio sustantivo planteado por el recurrente tiene fundamento en los hechos que, conforme a la interpretación de los elementos probatorios que se propone deberían haberse tenido por acreditados. Es decir que, basándose en los cuestionamientos antes analizados, la defensa de Jorge Daniel Zarate Aviles entiende que el haber conducido el vehículo y colaborado con los coimputados Daniel Emanuel León y Heber Genovesi a fugarse del lugar, donde se produjo el desapoderamiento de la víctima Maylin Muñoz, no fueron aportes esenciales.

No obstante, tal como se demostró en el apartado anterior, los vicios denunciados no son tales y la valoración probatoria efectuada por el a quo se encuentra ajustada a los parámetros establecidos por nuestra ley procesal y, por ello, la plataforma fáctica que debe ser subsumida en la figura penal correspondiente no es otra que aquella que el sentenciante tuvo por acreditada.

En ese sentido el juez de sentencia sostuvo que «el aporte efectuado por Zarate fue de trascendental importancia, de manera que de no haber existido, el delito no se hubiese consumado del modo en que se hizo» (fundamentos, fs. 574 vta).

Dicho esto, no cabe más que rechazar el cuestionamiento casatorio referido a la subsunción jurídica, sin dejar de señalar que la tarea efectuada en este punto por el a quo ha sido adecuada y suficientemente fundada en derecho. Así, el Tribunal de juicio entendió debidamente acreditada la intervención de Zarate Aviles en el hecho investigado. Para ello, a criterio del a quo, el relato de la víctima Maylin resultó decisivo, veraz y honesto en tanto sostuvo categóricamente que antes del robo «vio pasar la camioneta de Zarate al menos en cinco oportunidades» y que luego del desapoderamiento, vio a León y a Genovesi subir al vehículo en que Zarate los esperaba y todos ellos se dieron a la fuga.

A su vez, una prueba de cargo decisiva y contundente **resultó el secuestro de la res furtiva en poder de los encartados, al momento de ser aprehendidos.**

Dicho ello encuentro que razonamiento del juez de anterior instancia, no revela ninguna falencia o arbitrariedad que amerite su descalificación (fundamentos, fs.573 y vta).

En virtud de ello y considerando que el recurrente tampoco ha puesto de manifiesto de qué modo el derecho sustantivo se habría aplicado erróneamente, sus agravios in iudicando también deben ser rechazados.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. S

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 601/602 vta., por la defensa de Jorge Daniel Zarate Aviles.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Samir Mussi Saffie para su oportunidad.
- 3.- Tener presentes la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

12- ARGUELLO QUIROGA. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	AI	PCE	-	-	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcArguello.pdf

Lex: Art. 166 inc. 1°, 1° supuesto en función con el art. 90, 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 55, art. 166 inc. 1, 1° supuesto, art. 12 y art. 29 inc. 3 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Lesiones graves. Concurso real. Autor. Valoración de la prueba. Declaración de la víctima. Valoración de testigo único.

Summa:

El **TPC** condenó a:

a- Miguel Ángel Argüello Quiroga a la pena de **ocho años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y lesiones graves en concurso real con robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 1 en función con el art. 90, art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, art. 55, art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 12 y 29 inc. 3 del CP) y

b- Joaquín Maximiliano Argüello Quiroga a la pena de **seis años y seis meses de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y lesiones graves (art. 166, inc. 1, primer supuesto en función con el art. 90, art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 12 y 29 inc. 3 CP).

La **defensa** de ambos interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 92, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Parágrafos destacados

“... el magistrado interviniente realizó una especial mención a la **valoración del testigo único**, tanto en el plano teórico como en el plano práctico en orden a la resolución del caso. En relación con aquel, explicó que la prohibición de condena con base en los dichos de un testigo único era algo que le estaba vedado al juez en el sistema de la prueba legal y tasada, el cual, como es sabido, no rige en nuestro código. Existen hechos que solo son presenciados por sus víctimas –continúa el a quo– y ello no debe obstar a que, si el testimonio es creíble y existen pruebas indirectas que corroboren su veracidad, se pueda alcanzar el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria”

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia)

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04419086-3/1((018601-17693)) FC/ARGUELLO QUIROGA JOAQUIN MAXIMILIANO Y ARGUELLO QUIROGA MIGUEL ANGEL P/ROBO AGRAVADO (17693) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104499308*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04419086-3/1, caratulada "F. C/ ARGÜELLO QUIROGA JOAQUÍN Y ARGÜELLO QUIROGA P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La Defensa técnica de Miguel Ángel Argüello Quiroga y Joaquín Maximiliano Argüello Quiroga interpone recurso de casación (fs. 478/479) contra la Sentencia N° 92 (f. 475) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial condenó a Miguel Ángel Argüello Quiroga a la pena de ocho años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y lesiones graves en concurso real con robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 1 en función con el art. 90, art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, art. 55, art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 12 y 29 inc. 3 del C.P.) y a Joaquín Maximiliano Argüello Quiroga a la pena de seis años y seis meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma y lesiones graves (art. 166, inc. 1, primer supuesto en función con el art. 90, art. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto, 12 y 29 inc. 3 C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria (autos P-17.693/17) que el día 16 de febrero de 2017, siendo las 07:30 hs., en un descampado sito en calle Ferrari a metros de calle Severo del Castillo, Los Corralitos, Guaymallén, Miguel Ángel Argüello Quiroga y Joaquín Maximiliano Argüello Quiroga se acercaron a la víctima Eduardo Gabriel Rodríguez; el primero de los sujetos le colocó un cuchillo tipo serrucho, chico en el cuello y luego ambos sujetos lo tiraron al piso, le dieron golpes de puño y patadas y lo cortaron con el cuchillo, produciéndole fractura de huesos propios nasales con hematoma bpalpebral, lesiones estas que poseen un tiempo de curación mayor a un mes y, si bien esas lesiones físicas no lo incapacitaron para el trabajo, si lo incapacitaron desde el punto de vista psíquico impidiéndole trabajar por tres meses.

En tales circunstancias los nombrados le sustrajeron un teléfono celular Samsung J7 color blanco, con funda negra con el dibujo de una moto detrás de la funda, un par de zapatillas Nike color blancas talle 44, un buzo color negro con mangas rojas o anaranjadas y dice '23 Bulls' y detrás dice 'Jordan', una mochila de color crema donde había una remera, un pantalón corto de color azul tipo deportivo y el abono de colectivos (minuto 3:35 de los fundamentos). Por su parte, en el marco de los autos P-108.553/16 el a quo tuvo por acreditado que Miguel Ángel Argüello Quiroga el día 25 de octubre de 2016, siendo las 16.30 hs.,

en calle 9 de Julio antes de llegar a calle Irigoyen del departamento de Guaymallén le arrebató de la mano a Axel Leonel Pena un celular marca Samsung y cuando la víctima solicitó la devolución del mismo Miguel Ángel Argüello Quiroga sacó un cuchillo de tipo Tramontina, mientras que en la otra mano blandió un pedazo de vidrio grande, dándose a la fuga con el elemento sustraído no consiguiendo sustraer la bicicleta en la que se transportaba la víctima en tanto esta tomó un ladrillo para defenderse (minuto 02:54 de los fundamentos).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, en lo relativo a cada una de las causas acumuladas, los testimonios de las víctimas, las actas de procedimiento, las constancias de las llamadas telefónicas al CEO, el descargo de cada uno de los imputados y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

a) En relación con los autos **P-17.693/17** la defensa plantea una **doble estrategia argumentativa que critica tanto la valoración de la prueba como la aplicación del derecho realizada por el a quo.**

En primer lugar, considera que no existe prueba suficiente que sostenga la condena que pesa contra sus defendidos por robo agravado por el uso de arma y, en consecuencia, sostiene que la misma se encuentra viciada de nulidad. En este sentido, advierte que los imputados intervinieron en un «ajuste de cuentas», pero no en un robo. Ello se comprobaría, según el recurrente, con base en el contenido de la noticia criminal, el contenido de la llamada telefónica que diera cuenta del hecho al CEO, las declaraciones del personal policial que intervino en los primeros momentos del hecho y la declaración de la médica que atendió a la víctima.

El impugnante agrega que este escenario se agrava cuando, por un lado, se comprueba que no se produjo prueba fundamental tal como la citación del denunciante, la médica o el personal policial interviniente. Por otro lado, postula que no es razonable pensar que los imputados habrían pretendido robarle a la víctima en tanto aquellos tienen 30 años y ésta 16 o 17 años al momento del delito, pues, les habría sido sencillo reducirla sin desplegar violencia. En segundo lugar, de manera subsidiaria, solicita modificar la calificación legal en la que el juez sentenciante ha encuadrado la conducta de Joaquín Argüello y aplique la figura de lesiones.

Por su parte, en relación con Miguel Ángel Argüello solicita la absolución lisa y llana por haber sido desvinculado por su hermano quien habría confesado ser el autor del hecho.

b) En el marco de los autos **P-108.553/16**, el recurrente entiende que la condena impuesta a Miguel Argüello ha sido arbitraria.

Acto seguido solicita que se lo absuelva con base en el principio **de in dubio pro reo.**

En apoyo de su tesitura expresa que: i) existiría un único elemento de cargo –la declaración de la víctima– cuya valoración por el tribunal de juicio sería incoherente, ilógica y no se ajustaría a los principios de la experiencia común; ii) no se habría realizado secuestro alguno de los elementos robados; iii) no existirían testigos.

Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 551/552).

En lo que respecta a las **actuaciones N° P-17.693/17**, el titular del Ministerio Público Fiscal explica que según surge de la declaración de Eduardo Rodríguez, el hecho tiene características muy similares al investigado en otra causa por la que también fueron condenados los hermanos Argüello.

Agrega que la víctima fue clara en su declaración y que conoce a ambos imputados. En relación con la confesión de Joaquín Argüello, en la que reconoce el hecho y desvincula a su hermano, pone de relieve que esta es inverosímil, debido a que se encuentra probado que eran dos los individuos que atacaron a la víctima, conforme surge del llamado al 911, del relato de la víctima y de las heridas recibidas, las cuales se encuentran debidamente certificadas.

Por su parte, en el marco de los autos **N° P-108.553/16**, explica que, si bien existe un único testigo en la causa, este pudo ser interrogado por el recurrente, lo que le permitió al imputado ejercer plenamente su derecho de defensa.

A su vez, el Procurador General pone de relieve que el juez sentenciante no advirtió contradicciones en su declaración y que no existen indicios de que la declaración haya sido falaz o que haya existido animosidad de la víctima para con el imputado.

Concluye que de los fundamentos surge que el a quo cotejó minuciosamente las distintas declaraciones del testigo con especial atención a los detalles brindados, sumado a la comunicación policial y el acta de procedimiento, todo lo cual da cuenta de las circunstancias espacio-temporales en las que se produjo el hecho y permiten alcanzar la certeza necesaria para condenar.

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

A los efectos de contestar ordenadamente los agravios esgrimidos por el recurrente, en primer lugar (a), explicaré por qué entiendo que la sentencia del a quo se encuentra debidamente motivada en lo que respecta a la condena recaída sobre Miguel Argüello y Joaquín Argüello en el marco de los autos N° P-17.693/17 y, en segundo lugar (b), expresaré las razones que me llevan a concluir, también, que la condena que pesa sobre Miguel Argüello en el marco de los autos N° 108.553/16 se encuentra correctamente fundada.

a.- Acerca de los cuestionamientos en el marco de los autos N° P-17.693/17

La defensa sostiene que no se ha alcanzado el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria para afirmar que Miguel Argüello y Joaquín Argüello cometieron un robo agravado por el uso de arma y lesionaron gravemente a Eduardo Gabriel Rodríguez.

El recurrente parte de la idea de que se trató de un «ajuste de cuentas», evento que se comprobaría con base en el contenido de la noticia criminal, el contenido de la llamada telefónica que diera cuenta del hecho al CEO, la declaración del personal policial que intervino en los primeros momentos del hecho y la declaración de la médica que atendió a la víctima.

Por su parte, específicamente en relación con Miguel Ángel Argüello, solicita la absolución sustentando su pedido en que Joaquín Maximiliano Argüello desvinculó a su hermano del hecho. Los delitos imputados que corresponde analizar ahora en este máximo tribunal se construyen a partir del testimonio de la víctima del hecho. Su testimonio fue calificado por el juez como coherente y consistente.

A su vez, las versiones alternativas de los hechos brindados por los imputados al momento de realizar su descargo fueron desenmascaradas como gananciales por el a quo y carentes de toda prueba respaldatoria.

El tribunal de juicio analizó minuciosamente la declaración de la víctima (minuto 3:21 de los fundamentos), quien manifestó que conocía a los autores del barrio y relató el hecho de manera detallada. Asimismo, el a quo articuló aquella con la llamada telefónica que dio cuenta al 911 de que dos sujetos se golpeaban a un tercero, así como con el certificado que acredita la entidad de las lesiones sufridas por Eduardo Gabriel Rodríguez y el reconocimiento de los elementos robados a fs. 105 (minuto 3:13 de los fundamentos).

No escapó al análisis del magistrado sentenciante que Joaquín Maximiliano Argüello desvinculó a su hermano del hecho objeto del proceso. Sin embargo, descartó su versión a partir de la valoración de la prueba reseñada en los párrafos anteriores, la cual da cuenta de que el hecho no fue ejecutado por un autor individual, sino que actuaron concertadas dos personas –así lo declaró la víctima y también lo advirtió el juez del contenido de la llamada telefónica al 911 donde se escucha al denunciante nombrar a dos personas–.

Y, a pesar de que el nombrado insistió en que su hermano no era quien lo secundaba en el robo, sino que lo acompañaba un tercero, este giro inesperado en su declaración fue valorado por el a quo como un indicio de ganancialidad en su descargo (minuto 3:21 de los fundamentos).

De este modo, en la sentencia se comprueba la veracidad del testimonio de la víctima y, a la inversa, la orfandad probatoria de la hipótesis defensiva en orden a que no existió un robo, sino una agresión típica de lesiones, en la cual no habría intervenido Miguel Ángel Argüello (minuto 3:19 de los fundamentos).

Finalmente, y como respuesta al agravio que el recurrente reitera en esta instancia, relativo a que no se habría valorado el testimonio de la médica que atendió a la víctima, el juez de sentencia expresa que el testimonio de la Dra. Montero no es esencial en lo que interesa a la prueba del hecho, pues ella no fue una testigo presencial del hecho y las lesiones se encuentran acreditadas por el propio Cuerpo médico forense; por ende, la ausencia de su citación al proceso no debilita de ningún modo la hipótesis de la acusación.

Sentado lo anterior, se encuentran debidamente probados cada uno de los extremos de la figura del robo agravado, sino también las lesiones graves. No corresponde, en consecuencia, la absolución o cambio de calificación de la imputación de responsabilidad penal que pesa sobre cada uno de los condenados.

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que la sentencia condenatoria que pesa sobre Miguel Ángel Argüello y Joaquín Maximiliano Argüello en el marco de los autos P-17.693/17 se encuentra debidamente fundada, por lo que debe, en consecuencia, descartarse los agravios puestos de relieve por la defensa de los nombrados, tanto en lo que respecta a la actividad del juez desplegada en el plano de la valoración de la prueba, así como en lo relativo a su calificación legal.

b.- Sobre la crítica defensiva en el marco de los autos N° P-108.553/16

La defensa articula como crítica central que el magistrado sentenciante articula su razonamiento con base en una única prueba –el testimonio de la víctima– que sería insuficiente.

Agregó no existen testigos y que no hubo secuestro de los elementos robados son argumentos que se reconducen al mismo punto. Preliminarmente, cabe decir que el recurso carece de argumentos suficientes como para desestimar los fundamentos con los que el a quo tuvo por corroborado el objeto de conocimiento.

En efecto, la defensa se limita a expresar que existiría un único elemento de cargo relativo a la declaración de la víctima, la cual habría sido valorada de manera incoherente e ilógica, sin concretar adecuadamente el agravio.

Agrega que no hubo secuestro alguno de los elementos robados pero, nuevamente, sin explicar por qué la ausencia de este elemento de prueba hace decaer la validez de la sentencia. Con todo, a pesar de los lacónicos argumentos defensivos y de que el recurrente no expresa en momento alguno por qué razón el testimonio de la víctima no sería creíble, entiendo que la sentencia en relación con la atribución de responsabilidad penal que pesa sobre Miguel Ángel Argüello Quiroga se encuentra debidamente motivada y, por ende, debe mantenerse como acto jurisdiccional válido.

En rigor, y debido a que la defensa reedita un planteo que tuvo lugar en el momento de los alegatos, el magistrado interviniente realizó una especial mención a la valoración del testigo único, tanto en el plano teórico como en el plano práctico en orden a la resolución del caso.

En relación con aquel, explicó que la **prohibición de condena con base en los dichos de un testigo único** era algo que le estaba vedado al juez en el sistema de la prueba legal y tasada, el cual, como es sabido, no rige en nuestro código.

Existen hechos que solo son presenciados por sus víctimas –continúa el a quo– y ello no debe obstar a que, si el testimonio es creíble y existen pruebas indirectas que corroboren su veracidad, se pueda alcanzar el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria (minuto 2:30 del soporte audiovisual de los fundamentos).

Por su parte, en el plano práctico aplicado al caso, el juez sentenciante no olvida bajar estas consideraciones teóricas para valorar el testimonio de Axel Leonel Pena. El tribunal de juicio destacó que el testigo se mantuvo conteste a lo largo de la investigación hasta ratificar sus dichos en la audiencia de debate (minuto 2.34 de los fundamentos).

Luego hizo referencia al contenido de la llamada al 911, en la que la víctima menciona un asalto y sindicó a Miguel Ángel Argüello como el autor del hecho, a quien conocía de antes.

Así, concluyó que la declaración testimonial de Axel Leonel Pena fue coherente, espontánea y mantenida durante las diversas etapas del proceso, sin existir indicios que hablan en contra de la veracidad de sus dichos (minuto 2:42 de los fundamentos).

Como se advierte de la sentencia puesta en crisis, el tribunal de juicio realizó un análisis del testimonio de la víctima interrelacionado con el resto de las circunstancias que rodean su declaración; actividad que permite despejar cualquier duda sobre su veracidad.

En este sentido, se valoró el acta de procedimiento donde se dejó constancia del desplazamiento del móvil a la hora del hecho y de las manifestaciones espontáneas de la víctima.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que ha de rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de Miguel Ángel Argüello Quiroga y Joaquín Maximiliano Argüello Quiroga.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, a voto que antecede.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 478/480 por la defensa técnica de Miguel Ángel Argüello Quiroga y Joaquín Maximiliano Argüello Quiroga.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Sergio Carreño y Martín Sevilla para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO M, ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

13- FIGUEROA PICHILI. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AF	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcFigueroa.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, art. 54 y art. 167 inc. 2° del C.P.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Concurso ideal. Poblado y banda. Valoración de la prueba. Responsabilidad penal. Determinación de la pena. Vinculación espacial y temporal.

Summa:

El TPC condenó a Diego Marcelo Figueroa Pichili y a Jonathan Rafael Figueroa Pichili a la pena de **ocho años y seis meses de prisión** como autores responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego con aptitud comprobada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del C.P.)

Las **defensas** de los imputados interponen recursos de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar ambos recursos de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 421, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia)

(V.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04621650-9/1((038601-63022)) FC/ FIGUEROA PICHILI JONATHAN RAFAEL P/ ROBO AGRAVADO (63022) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104704650*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04621650-9/1, caratulada “FIGUEROA PICHILI Y OTS. S/ RECURSO DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Diego Marcelo Figueroa Pichilli (fs. 768/776) y la defensa de Jonathan Rafael Figueroa Pichilli (fs. 777/784) interponen respectivamente recurso de casación contra la Sentencia N° 421 (fs. 756/757) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial, condenó a cada uno de los nombrados a la pena de ocho años y seis meses de prisión como autores responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego con aptitud comprobada en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2°) atribuidos en el marco de los autos N° 63.022/17.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio consideró acreditado con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria que los hermanos Jonathan Figueroa y Diego Figueroa –junto a Daniel Leyes y un cuarto sujeto no habido– el día 08 de agosto de 2017, siendo aproximadamente las 20.30 hs. ingresaron encapuchados al domicilio sito en calle Avellaneda esquina D’Angelo, Santa María de Oro, departamento de Rivadavia, donde residían los hermanos Hugo Garro, Luisa Garro y María Eva Garro.

Allí, efectuaron un disparo con un arma de fuego calibre 38, cuya explosión causó una lesión en el tímpano a la primera de las víctimas nombradas; ello, al mismo tiempo que procedieron a golpearlas. En ese momento sustrajeron en bolsos y mochilas diversos elementos electrónicos, dinero y otros objetos personales de la familia. Acto seguido, escaparon a pie por un callejón lindero a la vivienda (constancias audiovisuales, 00:02 en adelante).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales de Hugo Garro, Luisa Garro, María Eva Garro y del personal policial interviniente; los descargos de los imputados; los informes de criminalística; los elementos secuestrados en poder de los imputados; el acta de procedimiento que da cuenta del lugar donde fueron detenidos los imputados y el acta de reconocimiento de los objetos secuestrados a las víctimas.

II.- Recurso de casación

La defensa de los imputados considera que el tribunal de juicio ha incurrido en vicios in procedendo e in iudicando. En concreto, señala los siguientes agravios:

a.- Recurso de Diego Figueroa (fs. 768/776)

i.- Después de relatar los antecedentes de la causa y hacer referencia a la **relevancia de la prueba indiciaria** en el marco de la actividad de valoración probatoria, el recurrente objeta la ponderación que el a quo realizó respecto al resultado del informe de criminalística que luce a fs. 217/219.

A su entender, el mismo no presentaría la singular potencia de acreditación que le ha sido otorgada por el juez sentenciante y, en consecuencia, en tanto único indicio que pesa en contra de su defendido, no sería suficiente para concluir que Diego Figueroa intervino en el hecho objeto del proceso.

ii.- Asimismo, el quejoso expresa que no se ha determinado adecuadamente el **monto de la pena** aplicado. Según su punto de vista, el tribunal de juicio habría valorado de manera arbitraria los atenuantes y agravantes del caso. Realiza reserva del caso federal.

b.- Recurso de Jonathan Figueroa (fs. 776/784)

i.- Según la defensa, los autores del hecho no habrían tenido la intención de robar la camioneta, dado que, como sostiene la víctima, le pidieron las llaves, pero no la sustrajeron ni se apoderaron de ella.

ii.- Señala además que no existiría una íntima conexión entre el lugar del hecho, el terreno lindero por el que escaparon los autores y el descampado donde fueron hallados parte de los elementos robados y fue aprehendido Jonathan Figueroa.

iii.- Agrega que la **proximidad temporal y espacial** en la que fuera detenido el imputado, el hallazgo en su poder de los elementos robados y el arma utilizada en el asalto, así como las características del descampado, no serían indicios concordantes y convergentes. En esta línea, el recurrente argumenta que en el lugar de los hechos se levantaron 5 huellas dactilares y 4 muestras de ADN, ninguna de las cuales coincide con su defendido o alguno de los imputados.

iv.- Refiere que las razones brindadas por el juez de sentencia al momento de explicar por qué no existen residuos de pólvora en las manos del imputado serían ilógicas, pues, surge del acta de procedimiento y de los testimonios del personal policial interviniente que Jonathan Figueroa al ser detenido poseía consigo un arma de fuego calibre 38. Ésta, según la declaración de Zalazar, sería un arma potente que deja una gran cantidad de material metálico en el ejecutor del disparo. Agrega, que el personal policial también escuchó disparos en el descampado, lo que vuelve aún más extraño el hecho de que no se hayan encontrado restos de pólvora en el imputado.

v.- Expresa que el a quo afirmó infundadamente que el descargo del imputado es ganancial. La defensa sostiene que el testimonio del perito psicólogo Dr. Clavel da cuenta de que el relato de Jonathan Figueroa era claro, coherente, lógico, sin contradicciones y espontáneo.

vi.- Finalmente considera que el hecho de que Jonathan Figueroa haya sido condenado en otros delitos no es un indicio que hable en su contra del imputado y a favor de su responsabilidad penal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos (fs. 799/803). Después de analizar los puntos de agravio de los recursos, el titular del Ministerio Público Fiscal expresa que las críticas efectuadas a la sentencia absolutoria son infundadas.

Refiere que comparte el razonamiento del tribunal de juicio y advierte que los recursos pretenden una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate, sin aportar nuevos argumentos que avalen sus posturas.

Este iter argumentativo analiza conjuntamente los recursos presentados a favor de los hermanos Figueroa y recorre los momentos más importantes de la actividad de valoración de la prueba por el juez

sentenciante para, finalmente, reafirmar la validez de la sentencia como acto jurisdiccional razonado y motivado en las pruebas y el derecho.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar los recursos de casación incoados. Doy razones.

a.- Recurso interpuesto a favor de Diego Figueroa

i.- El planteo defensivo postula que no existe **prueba** suficiente para condenar a Diego Figueroa por el hecho del que fueron víctimas los hermanos Garro.

En concreto, argumenta que existiría un solo indicio que pesaría en contra de su defendido: el originado a partir del informe de fs. 217/219 relativo a la existencia de rastros de pólvora en sus prendas de ropa y sus manos. Preliminarmente, cabe decir que la motivación cuestionada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar. Veamos. No es verdad que exista un único indicio en contra de Diego Figueroa.

Por el contrario, de la tarea analítica realizada por el a quo al momento de valorar la prueba incorporada al debate se desprende que, en rigor, **existe un conjunto de indicios que presentan las notas de pluralidad, concordancia y convergencia que, precisamente,** el recurrente pone en duda.

En primer lugar, el horario y la distancia del lugar de los hechos en la que fueron aprehendidos Diego Figueroa y Daniel Leyes son correctamente apreciados por el a quo como indicios de proximidad temporal y espacial (constancias audiovisuales, 00:46 en adelante).

Si el hecho se llevó a cabo a las 20.30 hs. y los nombrados fueron detenidos a las 03.30 hs. de la madrugada es razonable pensar que pudieran haberse desplazado una distancia de tres kilómetros del lugar del robo. En segundo lugar, no debe olvidarse que la detención de ambos imputados fue producto del cerco informativo que el personal policial llevó a cabo con posterioridad a la comisión del hecho delictivo con la finalidad de proceder a la identificación y detención de los autores, tal como lo expresara el a quo (constancias audiovisuales, 00:47 en adelante).

En tercer lugar, no es menos importante el tramo del razonamiento del tribunal de juicio en el que se vinculó la descripción de los dos detenidos –que al momento de percibir la presencia del personal policial se dieron a la fuga– con aquella brindada por las víctimas inmediatamente después de sufrir el ataque contra sus bienes, quienes expresaron que entre los intervinientes dos de ellos eran de estatura alta y uno de estatura baja.

Diego Figueroa –así como su hermano Jonathan Figueroa– coincidían con aquella descripción y Daniel Leyes –no habido– con esta última. En cuarto lugar, el tribunal de juicio derivó del hecho de que Diego Figueroa y Daniel Leyes se encontraban buscando un remisero, que esto tenía como finalidad recoger a Jonathan Figueroa que se encontraba en el descampado escondido con los objetos del delito, siendo que, les era ajeno que este había sido detenido.

Finalmente, el juez sentenciante no omitió considerar el descargo del imputado. Diego Figueroa manifestó que es obrero rural y que el día del hecho trabajó en la finca de propiedad de una persona apedillada Agüero, a la cual ingresaba a las 21.30 – 22.00 hs. A partir de ello, el a quo dedujo, por un lado, que este horario de entrada no era una coartada sólida, en tanto el hecho se habría producido a las 20.30 hs. y, por otro lado, contrastó su actividad laboral declarada con los restos de pólvora hallados en su ropa y manos. Todo lo anterior, me lleva a concluir que el juicio de atribución de responsabilidad penal plasmado en la sentencia en relación con el hecho imputado a Diego Figueroa se encuentra debidamente fundamentado en un conjunto de indicios que, como adelanté, presentan las notas de plurales –pues no se trata únicamente del informe de criminalística de fs. 217/219 como propone la defensa–, concordantes y convergentes –que apuntan en la misma dirección, esto es, a la responsabilidad penal de Diego Figueroa–

ii.- Resta ahora analizar si la **determinación de la pena** ha sido debidamente fundada.

Antes que nada, no puedo dejar de advertir que la defensa no ha concretado su agravio, realizando una crítica abstracta de la actividad del a quo en lo que respecta a este punto.

En efecto, en su recurso se limita a señalar que se han valorado arbitrariamente las circunstancias agravantes y atenuantes del caso, pero en ningún momento refiere cuáles son y por qué razón no han sido adecuadamente valoradas.

Es más, si bien la defensa advierte este vicio al desarrollar el acápite II, no lo amplía al entrar específicamente en el desarrollo de los motivos de agravio en el acápite IV. Más allá de ello, la motivación de la sentencia en lo que respecta a la determinación del monto de la pena no se encuentra viciada de nulidad. En efecto, los extremos del hecho imputado a Diego Figueroa, así como sus condiciones personales, han sido debidamente integradas al razonamiento del juez sentenciante.

En lo que respecta a las circunstancias agravantes que lo hacen alejarse del mínimo correspondiente a la calificación jurídica –seis años y ocho meses de prisión– se hace una específica referencia a la excesiva violencia con que los autores ejecutaron el robo, así como en las secuelas en el tímpano que padece Hugo Garro producto del disparo de arma de fuego (constancias audiovisuales, 00:53 en adelante). Estas circunstancias valoradas justifican el alejamiento del mínimo de la escala, sin explicar el recurrente cómo las pautas que refiere como no valoradas debieron impactar en un monto diferente. En suma, entiendo que la sentencia puesta en crisis, en lo que respecta a este segundo punto de agravio, se encuentra sostenida en las constancias de la causa, las cuales, han sido correctamente ponderadas por el tribunal de juicio.

b.- Recurso interpuesto a favor de Jonathan Figueroa

La defensa puntualiza una serie de agravios en la actividad de valoración de la prueba llevada adelante por el a quo. A continuación, respondo ordenadamente a cada uno de ellos.

i.- En primer término, el agravio relativo a una **ausencia de intención de robo de la camioneta** con base en que los autores le habrían «pedido» las llaves del vehículo a la víctima, pero no se las habrían sustraído ni se habrían apoderado de ellas, no puede tener acogida favorable.

Este extremo del hecho no ha sido objeto del hecho que el juez ha entendido probado y, como bien admite la defensa inmediatamente después de formular la crítica –que no acaba de concretar–, esta discordancia no modifica en nada la situación de su defendido.

ii.- Acto seguido, el recurrente cuestiona la íntima conexión que el juez aprecia entre el lugar del hecho, el terreno lindero por el que escaparon los autores y el descampado donde fue hallado Jonathan Figueroa junto con los elementos robados.

Aquí nos encontramos frente a otra reedición de una de las aristas del planteo defensivo al momento de los alegatos que fue correctamente refutado por el a quo, con base en un razonamiento lógico sostenido en las constancias obrantes en la causa, y que el recurrente no logra rebatir adecuadamente.

En efecto, la vinculación espacial y temporal que advierte el a quo, interpretada como un indicio de presencia al fundamentar la sentencia, se infiere al poner en relación el lugar donde estaba ubicada la vivienda (calle Avellaneda, esquina D'Angelo, Distrito Santa María de Oro, departamento de Rivadavia), el callejón lindero por el que los imputados se escaparon a pie (descrito por Luisa Garro) y el descampado donde fuera detenido Jonathan Figueroa (ubicado al norte de la calle Cuello, ubicado aproximadamente a un km. de distancia –véase constancia audiovisual 00:37 en adelante–. El razonamiento del juez de sentencia, por ende, no padece vicio alguno en este tramo de su razonamiento.

iii.- Pero el tribunal de juicio no sostuvo la responsabilidad penal atribuida a Jonathan Figueroa únicamente a partir de la proximidad espacial y temporal entre hecho y detención, sino que consideró que el nombrado fue encontrado escondido en el descampado con los elementos robados y el arma de fuego utilizada para amedrentar a los hermanos Garro (constancias audiovisuales, 00:17 en adelante).

El recurrente intenta, sin éxito, atacar este cuadro probatorio y pone de relieve que, a pesar de ello, ninguna de las huellas dactilares levantadas en el lugar de los hechos o del material genético recogido coincide con el de su defendido. Como es posible advertir, la defensa pretende introducir dudas sobre la intervención de Jonathan Figueroa frente a pruebas cuyo sentido no es controvertible.

No obstante, al juez de sentencia no le fue indiferente el hecho de que no se hayan encontrado en el lugar del robo huellas o material genético de los imputados. En efecto, en los fundamentos de la sentencia explicó que en sucesos como el ocurrido no siempre quedan huellas dactilares, pues en algunos casos pueden haber sido levantadas de modo insuficiente para el cotejo, no haber sido posible el relevamiento o porque azarosamente el imputado puede no haber hecho contacto con objetos que no permiten la impregnación (constancias audiovisuales, 00:29 en adelante). Lo cierto es que, de uno u otro modo, con base en lo nutrido que se encuentra el cuadro probatorio que sustenta el juicio de responsabilidad penal que aquí se critica, la ausencia de esta prueba no invalida el razonamiento del a quo.

iv.- Otra cuestión que fue suficientemente tratada por el tribunal de juicio al momento de definir la situación de Jonathan Figueroa es la de **la inexistencia de residuos de pólvora en sus manos**. Este extremo del hecho fue advertido por la defensa al momento de los alegatos y el reiterado en esta instancia. Según entiendo, la respuesta brindada por el juez interviniente es lógica pues, de lo que se trata no es de analizar la existencia o inexistencia de una prueba en particular y de manera aislada, sino de integrarla con el resto del plexo probatorio y así desentrañar su sentido último.

Dicho lo anterior, entiendo que el a quo consideró, correctamente, la cantidad de sujetos que habrían intervenido en el hecho y la existencia de dos armas y postuló que el disparo pudo haber sido realizado por otro de los coautores. Ahora, la defensa se pregunta por qué razón fue detenido Jonathan Figueroa con el arma de fuego utilizada en el hecho.

El juez sentenciante no dejó este interrogante abierto y explicó que en la huida los asaltantes podrían haberse intercambiado objetos, así como el mismo revolver calibre 38: de la prueba colectada surge que todos escaparon corriendo por el mismo lugar y lo hicieron por casi un kilómetro. De este modo, este agravio también debe ser descartado.

v.- En otro orden, la defensa se agravia por la valoración del descargo del imputado llevado adelante por el juez. Esto, al ser una reiteración de punto de vista plasmado en los alegatos, también ha sido contestado

fundadamente por el a quo al momento de dictar sentencia, quien advierte que la medida de fs. 312 tiene como finalidad analizar el discurso del imputado para saber si este es o no imputable.

En la sentencia se explica, en consecuencia, que se trata de la **pericia prevista en el art. 97 del C.P.P.** y ello no implica que, en función del resultado favorable en relación con la coherencia y claridad de su discurso, deba creérsele todo lo que diga el imputado (constancias audiovisuales, 00:34 en adelante).

A todo lo anterior, se suma que la versión de los hechos brindada por el imputado no encuentra sustento en otros elementos probatorios y se presenta como marcadamente inverosímil. Recordemos que Jonathan Figueroa manifestó que observó pasar a unos sujetos encapuchados por el descampado, que uno de ellos arrojó algo y lo tomó de curioso, momento en el que fue hallado por personal policial (constancias audiovisuales 00:26 en adelante). En consecuencia, debe rechazarse este agravio.

vi.- Por último, la defensa advierte que el hecho de que Figueroa haya sido condenado en otros delitos no es un indicio que deba hablar en su contra y a favor de la responsabilidad penal que se le endilga en el marco de esta causa. Aquí le asiste razón a la defensa, sin embargo, dado que nos encontramos frente a una sentencia válidamente motivada en tanto acto jurisdiccional y basada en numerosos elementos de prueba e indicios, entiendo que, tal apreciación no controvierte el resultado del proceso ni el razonamiento desplegado por el tribunal de juicio.

En efecto, el tribunal ha valorado correctamente la prueba de cargo, conforme los parámetros establecidos en la ley de fondo y las reglas de la sana crítica racional. Y en el marco de esta labor ha brindado razones que estimo adecuadas, tanto para tener por acreditado el hecho, como para calificarlos de acuerdo a Derecho.

c.- Conclusión

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por los recurrentes, no pueden prosperar.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar ambos recursos interpuestos, respectivamente, por las defensas de Diego Figueroa y Jonathan Figueroa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 768/776 por la defensa de Diego Marcelo Figueroa Pichili, así como el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jonathan Rafael Figueroa Pichili a fs. 777/784.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Graciela Carina Raffaelli y Pedro Ignacio Sosa para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

14- MORTALONI. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AF	PCE	-	EGT	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcMortaloni.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 54, 167 inc. 2° y 42 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Concurso ideal. Poblado y banda.

Summa:

El **TPC** condenó a Mortaloni Guardia a la pena de **cuatro años de prisión** como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 1° y 2° párrafo, 54, 167 inc. 2° y 42 del C.P.).

La **defensa** de Mortaloni Guardia interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). El recurrente cuestiona la intervención de su representado en el hecho. Entiende que la declaración de su defendido es creíble y que en la sentencia no se dan buenas razones que permitan afirmar lo contrario. El juez interviniente ha realizado una aplicación errónea del derecho al imputar el hecho a su defendido cuando, según su visión de los hechos, las constancias de la causa hablarían a favor de su inocencia. Entiende que la declaración de su defendido es creíble y destaca como elementos de prueba que hablan a favor de su defendido las declaraciones testimoniales de Jesús Ortiz y Ariel Giménez.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido. Argumenta que la sentencia se encuentra suficientemente fundada en tanto el razonamiento del a quo se encuentra sostenido en las constancias de la causa.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación incoado. Considera que cuando el a quo tacha el descargo del imputado como inverosímil se basa en los elementos de cargo descriptos y, a su vez, en reglas de la experiencia común que entiendo han sido correctamente aplicadas al caso.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 76°, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Adaro. Palermo (Licencia).

(F.D.)

Fallo.

CUIJ: 13-04460231-2/1((018602-35411)) FC/MORTALONI GUARDIA E. FLORES CARRERA E. QUIROGA ORELLANA A. OGAS HECTOR P/ROBO AGRAVADO (35411) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104541128*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04460231-2/1, caratulada "F. C/ MORTALONI GUARDIA Y OTS. S/ ROBO AGRAVADO".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Enzo Mortaloni Guardia interpone recurso de casación (fs. 950/958) contra la Sentencia N° 76 (f. 935) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 condenó al nombrado a la pena de cuatro años de prisión como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con rogo agravado por ser cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa (arts. 166, inc. 1° y 2° párrafo, 54, 167 inc. 2° y 42 del C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El Tribunal Penal Colegiado entendió acreditado con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria que Enzo Aldo Mortaloni Guardia junto con Érica Andrea Flores, Ángel Fidel Quiroga y Damián Héctor Ogas para fecha 01 de abril de 2016 ingresó «en la carnicería 'Virgen de Lourdes', Manzana C, casa 14 de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, en donde luego de amenazar con un arma de fuego y maniatar a Sandra Viviana Bazán Aballay le sustrajeron ciento cincuenta y ocho mil pesos en efectivo, acolchado [sic] de una plaza y media color verde agua con motivos blancos, acolchado [sic] de una plaza y media de color rosado, una notebook marca LENOVO con CPU color negro, un celular marca SAMSUNG modelo Galaxy ACE4 color negro, para luego darse a la fuga, siendo posteriormente aprendido por personal policial [...] lográndose recuperar parte de los bienes sustraídos, así como también, el secuestro de un arma de fuego tipo pistola marca Bersa Calibre 22 con un cargador colocado, el cual poseía en su interior 6 cartuchos del mismo calibre y uno en la recámara, la cual, según lo informado por la División Balística de Policía Científica resultó apta para la ejecución de disparos. Asimismo, luego que Mortaloni y Ogas fueron aprehendidos, mientras se encontraban en el interior de la movilidad policial N° 2707, sobre la lateral de la calle Agustín Álvarez de Guaymallén, Érica Andrea Flores Carrera abrió la puerta calabozo de dicho móvil, golpeó al personal policial, facilitando de este modo el escape de uno de los aprehendidos, quien luego de darse nuevamente a la fuga fue nuevamente apresado, siendo también reducida Érica Andrea Flores Cabrera» (f. 941 vta.).

Para decidir en tal sentido, el juez sentenciante valoró la declaración realizada por Mortaloni durante la investigación penal preparatoria (fs. 484/485); la declaración de Ariel Gerardo Giménez (fs. 492/493), Jesús M. Ortiz (fs. 459/460), Sandra Viviana Bazán, Ivó Exequiel Galos, Aldo Gabriel Maza y David Ernesto Cañizares; el acta de procedimiento (fs. 13/16); el resultado del secuestro (fs. 67); la pericia practicada al

arma de fuego (fs. 73/74); el informe de aprehensión (fs. 17/20); el croquis del lugar del hecho (fs. 21/26) y el acta de reconocimiento (fs. 211).

II.- Recurso de casación

El recurrente cuestiona la intervención de su representado en el hecho.

En esta línea advierte que el razonamiento del juez sentenciante no encontraría sustento en la realidad probatoria de la causa. Por un lado, critica la valoración que el a quo realiza del descargo realizado por Mortaloni durante la investigación penal preparatoria. Entiende que la declaración de su defendido es creíble y que en la sentencia no se dan buenas razones que permitan afirmar lo contrario.

Destaca como elementos de prueba que hablan a favor de su defendido las declaraciones testimoniales de Jesús Ortiz y Ariel Gimenez: el primero daría cuenta de que Mortaloni se encontraba cortando el césped antes de ser aprehendido por el personal policial y el segundo de que este se habría unido a la fuga emprendida por Ogas y Quiroga. Por su parte, en relación con el resto del plexo probatorio, ataca la declaración del menor Ivó Galos Bazán como poco creíble, al mismo tiempo que destaca que Mortaloni no fue reconocido por la denunciante Sandra Bazán como uno de los sujetos que ingresó a la carnicería. Todo lo anterior conduce al impugnante a afirmar que el juez interviniente ha realizado una aplicación errónea del derecho al imputar el hecho a su defendido cuando, según su visión de los hechos, las constancias de la causa hablarían a favor de su inocencia.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que el recurso de casación incoado debe ser rechazado. En tal sentido, argumenta que la sentencia se encuentra suficientemente fundada en tanto el razonamiento del a quo se encuentra sostenido en las constancias de la causa.

En esta línea, pone de relieve que el magistrado ha valorado conforme las reglas de la sana crítica racional los testimonios de Sandra Bazán y su hijo, quienes describieron a grandes rasgos las características físicas de los imputados y su intervención en el delito.

A su vez, destaca que Mortaloni fue aprehendido a escasos momentos de producido el hecho y con la res furtiva en su poder.

Por último, el titular del Ministerio Público Fiscal descarta cualquier falta de objetividad o credibilidad en el testimonio del menor, quien describió a uno de los coautores como «flaco y alto», descripción que coincidiría con la del imputado. Todo lo cual se encuentra reforzado por la correcta ponderación de la versión desincriminatoria brindada por Mortaloni, la cual no resulta creíble a la luz del resto de la prueba incorporada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe rechazarse el recurso de casación incoado. Doy razones.

La defensa técnica no pone en tela de juicio que los hechos objeto del proceso hayan sido debidamente acreditados, sin embargo, si lo hace en relación con la intervención de Mortaloni en el hecho.

Postula que la versión brindada por el imputado al realizar su descargo durante la instrucción penal preparatoria es verdadera y que el juez no la ha despejado correctamente como hipótesis alternativa de los hechos.

En esta línea, brinda argumentos que entiendo no son lo suficientemente sólidos como para alcanzar lo que se propone. En primer lugar, hace foco en la declaración de su defendido.

Entiende que esta es verosímil y además se encuentra sostenida en la prueba obrante en la causa. La versión alternativa del acusado gira alrededor de que el día del hecho se cortaba el pasto en la casa de Jesús Ortiz y que cuando terminó de realizar la tarea vio a dos personas correr que, a su entender, podían estar involucradas en una pelea por lo que decidió seguir las.

Al ingresar al domicilio de Flores advirtió que llevaban consigo dinero y una computadora portátil. Sentado lo anterior, la defensa entiende que su representado se encontraba –para decirlo en lenguaje coloquial– en el «lugar y momento equivocados».

Esta versión de los hechos se encuentra sostenida en la declaración de Jesús Ortiz, quien afirmó que Mortaloni le cortó el césped la mañana de abril en la que se produjeron las detenciones en el horario de 8 hs. a 9 hs.

A su vez, estas manifestaciones son coincidentes con lo expresado por Ariel Giménez, quien dijo que el día de los hechos estaba regando la vereda y vio pasar a dos personas correr, quienes llamaron a otro sujeto que también pasaba corriendo.

A pesar de ello, el juez sentenciante acertadamente descrea de la versión brindada por Mortaloni: en primer lugar, porque el acusado fue encontrado con la res furtiva en su poder y, en segundo lugar, porque fue divisado corriendo con los otros dos condenados; pruebas que correctamente fueron consideradas elementos de cargo centrales.

A ello, debe agregarse que Ivó Galos Bazán describió a uno de los sujetos que intervino en el atraco como «flaco y alto», características que se corresponden con la fisonomía de Mortaloni.

Cuando el a quo tacha el descargo del imputado como inverosímil se basa en los elementos de cargo descriptos y, a su vez, en reglas de la experiencia común que entiendo han sido correctamente aplicadas al caso.

Para que la pretensión defensiva prosperase en orden a su hipótesis del caso debería omitirse valorar aquellos elementos, así como, creer que el imputado ha sido víctima de una serie de desafortunados eventos, lo que no se condice con las constancias de la causa.

Frente a este cuadro, en consecuencia, entiendo que la responsabilidad de Mortaloni como coautor del hecho del que fueron víctimas Sandra Bazán e Ivó Galos Bazán se encuentra debidamente acreditada, sin que la ausencia de un reconocimiento positivo en rueda de personas o el sentido que la defensa intenta imprimirle a las declaraciones de Ortiz y Giménez trastoquen la solidez del razonamiento del a quo, el cual se basa en las constancias de la causa y ha sido guiado por las reglas de la sana crítica racional.

Como finamente advierte el Procurador General –y también deja en claro el propio defensor– nos encontramos frente a **una reiteración de la visión defensiva** de los hechos, la cual fue oportunamente expuesta en los alegatos y refutada por el juez en la sentencia, sin lograr el recurrente desvirtuar la solidez de los argumentos que sostienen el razonamiento judicial.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 950/958 por la defensa técnica y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 76 y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del abog. Aníbal Sánchez para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

15- TUR PIZARRO. 17-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AFA	-	-	-	A	-	CI	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcTur.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° supuesto, y art. 167, inc. 2° del CP. 75, inc. 22° de la CN. Art. 14 CADH. art. 14.7 del PIDCyP. Art. 450, 452, 451, 453 y 454, 475, 476 y 477 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Concurso ideal. Poblado y en banda. Non bis in idem. Nulidad. Nuevo juicio. Aadem causa petendi. Aadem persona. Aadem res.

Summa:

El **TPC** absolvió al señalado del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-17.441/12 (art. 166 inc. 2°, segundo supuesto, y art. 167, inc. 2° en función con el art. 54, todos del Código Penal.

El entonces titular de la **Fiscalía** de Instrucción N° 1 de la Unidad Fiscal de Capital, en su carácter de subrogante de la entonces Quinta Fiscalía de Cámara, interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 3673 (fs. 281) y sus fundamentos (fs. 287/293) por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo. Señala que el tribunal de sentencia valoró arbitrariamente la prueba existente en autos, por apartamiento a las reglas que hacen al sistema de la sana crítica racional.

La **defensa** solicita el rechazo del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. Argumenta que, de admitirse la vía recursiva intentada por la vindicta pública, se violaría la prohibición del doble juzgamiento, el principio de inmediatez de la prueba y la prohibición de proseguir con la acción. Formula reserva del caso federal.

Por un lado, el **Procurador General** se pronuncia por el mantenimiento del recurso extraordinario presentado por el recurrente. Expresa no posibilitar la impugnación antes mencionada implica violar el derecho de las víctimas y sus familiares. Se funda en lo dispuesto por los arts. 1 y 2 de la CADH y el art. 2 del PDCy P. Sostiene que quitar la posibilidad de recurso al Ministerio Público implica ir en contra de principios de jerarquía constitucional, receptados en nuestro C.P.P. y que reconocen a la víctima como sujeto merecedor de protección jurídica. No se viola derecho o garantía alguna, pues no estamos en presencia de un doble juzgamiento ni de una doble persecución penal en razón de que es la misma persecución penal iniciada en este expediente que dio lugar a una investigación penal preparatoria, a la realización de un juicio y a que se recurriera la sentencia, que nunca estuvo firme.

La **SCJM** resolvió que corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la Sentencia N° 3.673 y sus fundamentos, y remitir las presentes actuaciones al TPC N°1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, a efectos de que se realice un nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho

Respecto del argumento sostenido por la defensa que de hacer lugar al recurso se violaría el principio de non bis in idem, sostiene la SCJM que no pueden recibir acogida favorable en esta instancia por dos motivos: (a) no se cuestiona la constitucionalidad de las normas procesales que autorizan al órgano acusador a impugnar una sentencia absolutoria; y, (b) en el caso que en autos se decida la anulación del fallo cuestionado, disponiéndose el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo

juicio (conf. art. 486 del C.P.P.), **no nos encontraríamos ante un caso de doble persecución penal** por litispendencia, en tanto no habría sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada –firme– das, por el efecto que provocaría la anulación del fallo cuestionado.

En cuanto a la motivación de la sentencia en crisis, considera que presenta vicios formales que fueran denunciados por el órgano acusador. El razonamiento de la jueza para fundar la absolución del imputado, no se condice con las constancias de la causa, sino que resulta de la indebida valoración de la prueba producida e incorporada en autos.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 3673, dictada por la Quinta Cámara del Crimen (TPC N° 1)-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Rivero Aguilera, Darío Fabián. 31-08-07:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

En cuanto a la violación del non bis in idem, se ha reconocido como una de las garantías no enumeradas, pero que surgen del sistema republicano de gobierno y del Estado de derecho. La garantía importa proteger a los ciudadanos de las molestias o restricciones que implican un nuevo proceso penal cuando otro sobre el mismo objeto está en trámite o ha sido ya agotado., - Art. 14 inc. 7 del PIDCP; Art. 8.4. del **Convención Americana sobre Derechos Humanos** y Art. 1 CPP.

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

- Rosales Hegler. 07-03-13

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

b- CSJN

- **Fallos 248:232, 298:736, 300:1273, 302:210;**
- “Mattei” (Fallos: 272:188), “Márquez” (Fallos: 315:2680), “Alvarado” (Fallos: 321-1173), “Polak” (Fallos: 321-2826), “Olmos” (Fallos: 329:1447), “Garrafa” (Fallos 329:4688), “Garófalo” (Fallos: 330:1514), “Amantia” (Fallos: 330:1350), “Kang” (Fallos: 330:2265), “Mongiardini” (Fallos: 331:1744),
- “Sandoval” (Fallos: 333:1687)

c- CIDH

- Mohamed v. Argentina.

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=233

Doctrina citada

MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal, Tomo I, “Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 596

MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal, Tomo III, “Actos Procesales”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011. 1ª Edición, p. 340.

Chaia, Rubén, “La prueba en el proceso penal”, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2.013, pág. 191

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo (Licencia). Adaro.

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-02847880-6((012174-10974901)) FC/ TUR PIZARRO GASTÓN DAVID P/ ROBO AGRAVADO P/USO DE ARMA DE FUEGO APTA P/ DISPARO C:I: C/ ROBO AGRAV EN POBLADO Y BANDA (17441) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102870195*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02847880-6 caratulada “FC/ TUR PIZARRO, GASTÓ DAVID P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO...S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero el DR. MARIO D. ADARO.

El entonces titular de la **Fiscalía** de Instrucción N° 1 de la Unidad Fiscal de Capital, en su carácter de subrogante de la entonces Quinta Fiscalía de Cámara, interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 3673 (fs. 281) y sus fundamentos (fs. 287/293) en cuanto absuelve al imputado Gastón David Tur Pizarro del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda, que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-17.441/12 (art. 166 inc. 2°, segundo supuesto, y art. 167, inc. 2° en función con el art. 54, todos del Código Penal); pronunciamiento dictado por la entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en sala unipersonal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

Conforme se desprende del requerimiento de citación a juicio de fs. 215/218, se le atribuyó al acusado que «[e]l día 3 de febrero de 2012, siendo aproximadamente las 19:15 horas, el imputado Tur Pizarro Gastón David, ingresó junto a dos personas no habidas ni identificadas hasta el presente estadio procesal, al local comercial de indumentaria femenina, sito en la esquina Noroeste de calles Sobremonte y Martínez de Rosas, Ciudad, Mendoza, en que en ese momento era atendido por sus dueños. Inmediatamente después, el tercero de los sujetos que ingresó cerró la puerta del local y el encartado Tur dijo “esto es un asalto”, exhibiendo el arma de fuego que sacó de su cintura y cargándola hacia atrás comenzó a apuntar a los propietarios del local, Claudia Giorgani, su hija Luisana Noro[ñ]a y Carlos Alberto Noroña. Intertanto el segundo sujeto que había ingresado sacó bolsas de consorcio de entre sus ropas y comenzó a llenarlas con mercadería del lugar, mientras que el tercer sujeto permanecía junto a la puerta y Tur Pizarro Gastón David continuaba apuntando a la menor y su madre. En ese momento el sujeto que se hallaba junto a la puerta también introdujo prendas dentro de las bolsas y le solicitaron al dueño del negocio que desenchufara una notebook marca Lenovo, que se encontraba en el negocio y que entregara el dinero en efectivo, por lo que Noroña entregó la suma aproximada de \$3.600,00, que se encontraban en la caja registradora. En ese momento, el propietario del negocio les solicitó a los agresores que lo dejaran trabajar en paz a lo que el encartado le manifestó a este y su esposa “nosotros también robamos para darle de comer a nuestros hijos”. Esto suscitó una reacción más agresiva por parte del propietario, quien cobijó a su esposa e hija detrás del vestidor del local y empujó a Tur Pizarro Gastó David, motivando que

los otros dos sujetos salieran del local, seguidos por éste último. Allí éstos emprendieron la fuga a pie corriendo en dirección al Norte por calle Martínez de Rosas de la ciudad, siendo perseguidos por el Sr. Noroña. Al advertir el encartado Tur que eran perseguidos, efectuó un disparo con su arma de fuego hacia el suelo en las proximidades de una obra en construcción sobre el margen Oeste de la calle Martínez de Rosas y continuó la fuga con dirección hacia el Norte.

Al llegar a la esquina de calle Clark, viraron hacia el Oeste, siendo vistos por la víctima cuando abordaban un vehículo marca Peugeot 205, dominio AZD-088 color rojo, el que estaba estacionado en dicha arteria con dirección al Oeste, emprendiendo la fuga, siendo perdidos de vista por Carlos Noroña cuando se alejaban del lugar». Hechos que resultaron encuadrados en el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda. La decisión del tribunal de juicio resultó absolutoria. Para llegar a esa conclusión, consideró que de la prueba incorporada a los presentes, si bien permitía comprobar la existencia material de los hechos investigados, no alcanzaba para concluir con certeza sobre la autoría del acusado. Para sustentar el **estado de duda (art. 2 del C.P.P.)**, argumentó que:

- (a) el reconocimiento del imputado en rueda de personas por ambas víctimas no era concluyentes;
- (b) hubieron contradicciones entre sus dichos y lo constatado a través del acta de vestimenta y descripción morfológica agregada a fs. 29 respecto de lunares, tatuajes y pearcing; y, por último,
- (c) existía duda en relación a la identidad del vehículo secuestrado y aquel utilizado para emprender la huida del lugar de los hechos por el encartado.

2.- El recurso de casación

Contra ese acto procesal, el representante fiscal interpone recurso extraordinario de casación, fundando su crítica en el inciso 2° del art. 474 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

Señala el recurrente que el tribunal de sentencia valoró arbitrariamente la prueba existente en autos, por apartamiento a las reglas que hacen al sistema de la sana crítica racional, especialmente respecto de aquellos elementos de valor decisivo para acreditar la autoría del imputado.

Para fundar su posición, replica y controvierte cada uno de los argumentos en que la jueza sustentó el estado de duda insuperable en orden a la responsabilidad que se le atribuía a Tur Pizarro en los hechos investigados.

Así, en primer lugar, cuestiona que no se haya valorado debidamente el reconocimiento positivo en rueda de personas practicado por ambas víctimas, ya que se trató de una individualización efectuada de manera categórica.

En segundo lugar, rechaza el análisis confrontativo que hizo la jueza respecto de aquellas características morfológicas referidas por las víctimas.

Sobre este punto en particular, indica que más allá de ciertas diferencias mínimas entre lo declarado en un primer momento y la realidad, no existen elementos que permitan poner en duda la autoría del encartado.

Así, destaca que tanto Noroña como Giorgiani coincidieron en su descripción cuando afirmaron que uno de los intervinientes en el robo –por el imputado– presentaba pelo oscuro, con una cresta o mechón teñido de amarillo o claritos. También que tenía un lunar en su rostro, resultando el mismo de tamaño notorio (fs. 133 y fs. 135).

Y, por último, que utilizaba un pearcing. Agrega que Giorgiani dijo, además, que el imputado tenía un tatuaje en el antebrazo izquierdo de color negro.

Con lo cual, expresa que siendo todos estos aspectos plenamente coincidentes con las características de Tur Pizarro que fueran constatadas en sede judicial, esto es, a través del acta de descripción morfológica y de vestimenta que rola agregada a fs. 29, que resultara labrada a cuatro días de sucedido el evento criminoso, no puede existir duda en la identidad entre el sujeto descripto y el imputado.

En tercer lugar, cuestiona que la sentenciante también haya sustentado la duda al considerar la falta de certeza respecto a la supuesta identidad entre el vehículo secuestrado y el que fuera utilizado por los responsables en su huída del lugar del robo.

Advierte que Noroña dijo espontáneamente que el vehículo era un Ford Fiesta o un Peugeot 205, de color rojo, agregando que el dominio era AZD-088. Dato que escribió en un papel y se lo entregó a los funcionarios policiales intervinientes.

Por lo que, a su criterio, la probabilidad de error respecto a este dato es mínima, considerando además, que es razonable que una persona que acaba de sufrir un hecho traumático, pueda confundirse con el modelo de un vehículo. Remarca que no existió confusión ni en el dominio ni en el color del auto, y que, gracias a ello, se logró verificar el domicilio del imputado, y proceder luego a su aprehensión en las inmediaciones.

Por último, se agravia que la jueza haya también asentado la duda en que no existieron otros elementos de prueba, tales como el secuestro de parte de los objetos sustraídos en manos del imputado. Con relación a ello, señala que esa carencia se basó en que el acusado no fue aprehendido en flagrancia y, además, que el allanamiento realizado arrojó resultados negativos. Pero que nada de ello obsta a la acreditación de la autoría.

Con todo lo cual, solicita se admita la queja incoada, se revoque la sentencia en crisis, y se resuelva el caso, condenando al imputado a la pena de diez años de prisión, conforme los términos del art. 485 del C.P.P.

3.- Informe escrito de la defensa del imputado

A fs. 324/335 la defensa técnica del acusado se presenta en autos y solicita el rechazo del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal. En tal sentido, con cita de doctrina y jurisprudencia a favor de la posición asumida, argumenta que de admitirse la vía recursiva intentada por la vindicta pública, se violaría la prohibición del doble juzgamiento, el principio de inmediatez de la prueba y la prohibición de proseguir con la acción. Formula reserva del caso federal

4.- El dictamen del Procurador General

Por un lado, el Procurador General se pronuncia por el mantenimiento del recurso extraordinario presentado por el recurrente contra el pronunciamiento absolutorio en crisis (fs. 321).

En relación a las consideraciones formuladas por la defensa del imputado relativas a la violación del principio non bis in ídem, señala que la resolución en crisis ha sido legítimamente atacada por el representante fiscal, quien articuló su pretensión de acuerdo a lo previsto en los arts. 474 incs. 1° y 2°, 475, 476 y 477 del CPP.

Expresa que no posibilitar la impugnación antes mencionada implica violar el derecho de las víctimas y sus familiares a que los delitos de los cuales fueron sujetos pasivos sean efectivamente investigados. A fin de fundamentar tal afirmación refiere lo dispuesto por los **arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos**. Respecto del fallo “Sandoval” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citado por la defensa en apoyo de su tesis expresa que, conforme a uno de los votos de la resolución, se trata de una cuestión diversa a la estudiada en autos, cual es la vigencia del principio acusatorio durante la etapa del juicio.

En este sentido señala que aquella resolución citada por la defensa en contra del principio acusatorio tiene por consecuencia dejar al querellante particular sin tutela judicial efectiva, sin derecho a recurso judicial, vulnerando su derecho a ser oído en igualdad de armas con la defensa.

Agrega que quitar la posibilidad de recurso al Ministerio Público implica ir en contra de principios de jerarquía constitucional, receptados en nuestro C.P.P. y que reconocen a la víctima como sujeto merecedor de protección jurídica.

Más aún en esta causa donde no se trata de darle nuevas oportunidades al Estado para lograr condena sino de asegurar el ejercicio de una actividad procesal legalmente permitida por nuestro Código de procedimiento y el derecho constitucional de los familiares de la víctima a lograr una tutela judicial efectiva.

Por otra parte considera que con el reenvío no se viola derecho o garantía alguna, pues no estamos en presencia de un doble juzgamiento ni de una doble persecución penal en razón de que es la misma persecución penal iniciada en este expediente que dio lugar a una investigación penal preparatoria, a la realización de un juicio y a que se recurriera la sentencia, que nunca estuvo firme.

En apoyo de sus fundamentos refiere jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, así los autos N° 90.775, «Fiscal c/ **Rivero Aguilera**, Darío Fabián p/ robo agravado s/ revisión y N° 94.877, caratulados «Fiscal c/ **Rosales Hegler** y otros. p/ homicidio simple».

5.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expresados por el representante del Ministerio Público Fiscal, considero que **el recurso de casación articulado debe ser acogido en esta instancia**, ello a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

Por estrictas cuestiones de orden lógico-expositivo, de acuerdo a las particularidades que presenta el caso bajo examen, conviene formular previamente unas breves consideraciones en orden a la posibilidad que tiene el órgano acusador, sea éste público –sub iudice– o privado, para impugnar un fallo absolutorio. Ello por cuanto, según las apreciaciones expuestas por la defensa del imputado en esta instancia, el reconocimiento de esta facultad afectaría, entre otros principios, **la garantía que prohíbe el doble juzgamiento**.

Luego de lo cual, y tras brindar las razones por las que entiendo debe admitirse la legitimidad del representante fiscal para cuestionar una sentencia absolutoria, ingresaré en el tratamiento de los agravios formales expuestos por el recurrente.

5.1. Acerca de la facultad del Ministerio Público Fiscal para recurrir una sentencia absolutoria

5.1.1. La regla de non bis in idem (o ne bis in idem)

5.1.1. La regla de non bis in idem (o ne bis in idem) tiene una vigencia indudablemente universal y se encuentra reconocida como garantía individual en varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 22 de la CN).

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.7 establece que «[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

Del mismo modo, ya en el ámbito americano, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), dispone en su art. 8.4 que «[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos». Nuestra Constitución Nacional no previó en

forma expresa esta garantía, sin perjuicio de lo cual, se la ha entendido como comprendida entre las garantías no enumeradas que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho según prevén los arts. 28 y 33 de la CN (**Fallos 248:232, 298:736, 300:1273, 302:210; MAIER, JULIO, Derecho Procesal Penal, Tomo I, “Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 596**).

A diferencia de ello, la garantía se encuentra explícitamente establecida, con fórmulas más o menos semejantes, en varias Constituciones provinciales –Córdoba, La Rioja, Catamarca, Santiago del Estero, Tucumán, entre otras–. Puntualmente, la Constitución de la provincia de Mendoza establece en su art. 26 que «[...] nadie puede ser [...] encausado dos veces por un mismo hecho».

En la actualidad no se encuentra en foco de discusión el contenido de la garantía. Ello por cuanto, la doctrina es pacífica al considerar que abarca aquellos supuestos fácticos en los que se encuentre imputada la misma persona (*eadem persona*), por el mismo objeto de persecución (*eadem res*) y misma causa de persecución (***eadem causa petendi***).

Lo problemático es determinar su alcance dentro del proceso penal, no sólo desde el punto de vista sustantivo –prohibiéndose la aplicación de dos penas por un mismo hecho– sino, también, desde un punto de vista adjetivo o procesal –prohibiéndose la doble persecución penal–. Cuestión que incide directamente en orden a determinar cuáles son las facultades recursivas del acusador público frente a una sentencia absolutoria, o condenatoria (en caso de pretender la aplicación de una pena mayor), ya que, tramitada la impugnación –vía casación negativa–, es posible el reenvío de la causa y la realización de un nuevo juicio.

La elección sobre cuál es el alcance que debe dársele a la garantía de *non bis in idem* ha sido abordada de diversos modos por la doctrina y jurisprudencia. Por un lado, se encuentran quienes entienden que la concesión de facultades recursivas amplias al acusador no viola garantía alguna. Para ello, entre múltiples argumentos, se asume que el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular están amparados por las reglas del debido proceso y, por tanto, facultados para recurrir el veredicto absolutorio en los supuestos en que la sentencia resulte arbitraria, sea por adolecer de vicios esenciales en el debate que la precede o bien de vicios intrínsecos en la propia resolución del tribunal suficientes para descalificarla como acto jurisdiccional válido. Por otro lado, quienes consideran que las impugnaciones que dan lugar a reenvíos vulneran garantías constitucionales y principios procesales, entienden que el recurso del órgano acusador contra una sentencia absolutoria, en la medida que ello conlleve la realización de un nuevo juicio, siempre resulta violatorio de la garantía de *non bis in idem*. En líneas generales, ese efecto nocivo resultaría, entre otros, por otorgarle al Estado una nueva oportunidad de obtener una condena en perjuicio de quien fue absuelto en el juicio originario.

A ello cabe agregar que la jurisprudencia ha oscilado en la decisión sobre la cuestión puesta aquí de manifiesto.

Precedentes de la CSJN

En la órbita nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abordado esta cuestión a través de múltiples pronunciamientos –“Mattei” (Fallos: 272:188), “Márquez” (Fallos: 315:2680), “Alvarado” (Fallos: 321-1173), “Polak” (Fallos: 321-2826), “Olmos” (Fallos: 329:1447), “Garrafa” (Fallos 329:4688), “Garófalo” (Fallos: 330:1514), “Amantia” (Fallos: 330:1350), “Kang” (Fallos: 330:2265), “Mongiardini” (Fallos: 331:1744), “Sandoval” (Fallos: 333:1687), entre otros–.

Sandoval.

Precisamente en la **causa «Sandoval», de fecha 31 de agosto de 2.010**, la mayoría conformada por los Dres. Lorenzetti, Fayt y Petracchi, sostuvo que remitir a un nuevo debate por revocatoria de la absolución

promovida por recurso del querellante vulnera el non bis in idem, al realizarse un nuevo juicio que derive en condena. La mayoría se remitió a los fundamentos expresados por los Dres. Petracchi y Bossert en «Alvarado» y «Olmos». En definitiva, para la mayoría de la Corte según esa conformación, en «Sandoval» se vulnera la garantía en cuestión cuando se pretenda someter al imputado que ya sufrió un proceso observando sus formas esenciales, a otro más y por el mismo hecho, sin que él haya causado su invalidación. Ahora bien, esta postura no es la asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el precedente «Mohamed v. Argentina», aquel Tribunal expresó que es presupuesto para la aplicación del art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos –prohibición de doble persecución– la realización de un juicio que culmine en una sentencia firme, de carácter absolutorio. Asimismo, sostuvo que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. Esos argumentos, aplicados al caso, llevaron a sostener que la sentencia condenatoria contra Mohamed fue legítimamente pronunciada antes de que la sentencia anterior hubiese adquirido los efectos de la cosa juzgada y, en consecuencia, no tenía vigencia la regla contra la doble persecución penal (cfr. Corte IDH, «Mohamed v. Argentina», sentencia del 23 de diciembre de 2012, párr. 78). Con posterioridad al aludido fallo del Tribunal interamericano, nuestra Corte Suprema de Justicia no ha abordado la cuestión.

5.1.2. Expuestas estas breves consideraciones, a la luz de los argumentos expuestos por los letrados defensores del imputado, considero que los mismos no pueden recibir acogida favorable en esta instancia por dos motivos:

- (a) no se cuestiona la constitucionalidad de las normas procesales que autorizan al órgano acusador a impugnar una sentencia absolutoria; y,
- (b) en el caso que en autos se decida la anulación del fallo cuestionado, disponiéndose el reenvío de la causa a otro tribunal para la realización de un nuevo juicio (conf. art. 486 del C.P.P.), no nos encontraríamos ante un caso de doble persecución penal por litispendencia, en tanto no habría sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada –firme– das, por el efecto que provocaría la anulación del fallo cuestionado (**“Mohamed v. Argentina”, Corte IDH**).

Sobre el primero de los puntos citados, basta con señalar que la ley adjetiva local, cuando regula la materia recursiva, consagra claramente un régimen bilateral según el cual, por un lado, el Ministerio Público Fiscal (art. 450) y la parte querellante (art. 452) y, por otro, el imputado (art. 451), el actor civil y el civilmente demandado (arts. 453 y 454), pueden recurrir las resoluciones jurisdiccionales perjudiciales a sus intereses. Mientras que en lo que concierne específicamente al recurso de casación contra la sentencia absolutoria, el citado cuerpo legal concede expresamente esa facultad, con ciertos límites, al Ministerio Público Fiscal (art. 476) y a la querrela (art. 477).

En ese sentido, dispone que «[e]n los casos establecidos por la ley, el Ministerio Público podrá recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere remitido antes» (art. 450 del C.P.P.), mientras que, cuando se trate de un acusador particular, se prevé que «[e]n los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses».

Para luego, específicamente vinculado a la vía casatoria, esas normas se completan con **el art. 476 del** mismo cuerpo normativo, a través del cual se faculta a la vindicta pública a impugnar «1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio; 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena; 3) Las sentencias condenatorias; 4) Los autos mencionados en el **artículo 475**» (el destacado me pertenece).

Mientras que el querellante particular «... podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia» (art. 477 del C.P.P.).

Con lo cual, y como lo adelantara, tras no resultar controvertida la validez constitucional de tales normas por los defensores, ni advertir pugna alguna entre su contenido con las garantías constitucionales en juego, no puedo sino concluir en que, formalmente, la legitimación del órgano acusador público para impugnar una sentencia absolutoria, resulta de la plena vigencia operativa de la ley procesal vigente en la provincia de Mendoza.

Y, además, porque la anulación de una sentencia que no ha alcanzado autoridad de cosa juzgada como consecuencia de haber sido descalificada como acto jurisdiccional válido, en estricto rigor legal, no constituye una sentencia con efectos jurídicos, sino una sentencia condicionada a que no sea revocada o confirmada.

Por lo tanto, si esta situación –revocación por anulación– conduce a un nuevo debate, ello no puede ser interpretado como sinónimo de un nuevo y distinto juicio, sino como la reedición o substanciación de una etapa -el debate- del mismo proceso.

Al respecto cabe mencionar que los tratados internacionales incorporados al texto constitucional (**art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional**), prevén que «[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos» (art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, además, que «[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» (**art. 14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**).

5.1.3. En definitiva y conforme al análisis brevemente efectuado con anterioridad, la ley procesal vigente en la Provincia de Mendoza, los tratados internacionales y la postura asumida sobre el tema por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, sumado al desarrollo efectuado por esta misma Sala –con diversa integración a la actual– en anteriores pronunciamientos (“**Rosales Hegler**”, “**Delaguarda Torres**”, **y más recientemente, “Ahumada Núñez**”), en cuanto aquí nos importa, se vulneraría la garantía del non bis in ídem cuando se disponga una nueva persecución penal o la realización de un nuevo juicio mediando sentencia absolutoria firme, extremo que no se verifica en el presente caso. Siempre, vale aclarar, que se respeten aquellas etapas que, dentro del proceso, resultaron válidamente cumplidas. En virtud de lo expuesto, en opinión concordante con el Procurador General, entiendo que la oposición de la defensa (fs. 324/335) no puede prosperar.

5.2. Sobre la motivación de la sentencia

De conformidad con lo resuelto en el punto anterior, corresponde abordar ahora los agravios planteados por el recurrente en relación a la motivación de la sentencia en crisis.

Adelanto que, conforme los argumentos que a continuación se formulan, estimo que la sentencia impugnada presenta los vicios formales que fueran denunciados por el órgano acusador en su escrito casatorio.

Ello por cuanto, según entiendo, el tribunal a quo ha incurrido en una serie de falencias que deslegitiman el pronunciamiento absolutorio dictado como acto jurisdiccional válido, a tenor de las previsiones contenidas en el art. 416, inc. 4° del C.P.P.

Conviene recordar que, en cuanto a la motivación del acto sentencial se trata, se tiene dicho que ésta consiste en «explicar la razón de ser, los “porqué” de la conclusión que define la decisión.

Esas razones abarcan tanto la explicación de la conclusión acerca del suceso real imputado, acción u omisión, con todos los elementos fácticos o normativos que la ley penal utiliza para describir el hecho punible [...] mediante la valoración de la prueba incorporada legítimamente al proceso» (MAIER, JULIO, **Derecho Procesal Penal, Tomo III, “Actos Procesales”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2011. 1ª Edición, p. 340**).

De este modo, nos encontramos ante un supuesto de aparente motivación, cuando el juez «expone los fundamentos de forma tal que no sirven para motivar en concreto el acto, sea porque sus razones no tienen asiento en los hechos debatidos, o bien porque se aparta de las pruebas producidas en el proceso» (Chaia, Rubén, **“La prueba en el proceso penal”, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pág. 191**).

Replicadas estas breves consideraciones sobre el caso aquí examinado, estimo que el razonamiento de la jueza para fundar la absolución del imputado, no se condice con las constancias de la causa, sino que resulta de la indebida valoración de la prueba producida e incorporada en autos. Circunstancia que, a mi entender, conduce necesariamente a su anulación. Paso a explicarlo.

Del repaso del análisis expuesto en los fundamentos del fallo atacado surge con claridad que, para el órgano juzgador, la prueba obrante en la causa permitía tener por probado el acaecimiento material del hecho investigado, no así la autoría del imputado, extremo sobre el que estimó que primaba una duda razonable.

Para ello, descartó el peso probatorio de los principales elementos de cargo, al afirmar que

(i) el reconocimiento en rueda de persona no resultó contundente;

(ii) la descripción sobre las características sobresalientes del acusado que realizaron ambas víctimas, no coincidía con las que se constataron mediante el acta de descripción morfológica y de vestimenta (fs. 29), específicamente en cuanto a la existencia de lunares, la forma de los tatuajes y el uso de un piercing; y, por último,

(iii) no pudo comprobarse que el auto secuestrado y que manejaba el imputado, fuera el mismo utilizado por los responsables del robo para huir del lugar del hecho. En ese orden, señaló que no obstante que ambas víctimas reconocieron al imputado en rueda de personas (ver fs. 87/88), no se trató de un reconocimiento contundente, puesto que mientras Giorgiani afirmó que no se trataba de Tur Pizarro porque no logró visualizar el uso de un piercing en su rostro, o bien una perforación que denotara su uso, Noroña lo había identificado con «aparente seguridad» (ver fundamentos, fs. 292 vta.).

Agregó que los tatuajes no coincidieron con los que tenía el imputado al momento de su aprehensión, que ninguna de las víctimas observó los lunares visibles que se describieron en el acta de fs. 29 y que, además, tampoco en esa acta se hizo mención de ningún piercing ni tampoco huella de que el mismo hubiere existido.

Concluyó así en que, más allá de las coincidencias respecto a que el acusado tenía una decoloración de color rubio en su cabello, en su edad, y en el color de su piel, las diferencias apuntadas impedían comprobar que el imputado fuera realmente uno de los autores del hecho investigado.

Por último, volvió a justificar la duda en la falta de certeza de que el auto secuestrado y que conducía el acusado al momento de ser detenido, haya sido el mismo que sirvió para que los responsables del ilícito emprendieran su huida.

Para ello se refirió a la diferencia entre las declaraciones sucesivas de Noroña, quien primero dijo que se trató de Ford Fiesta, de color rojo, y luego agregó que podía tratarse de un Peugeot, también de color rojo.

Además, refiere la posibilidad de que se trate de un supuesto de «autos mellizos», porque la denominación de la chapa patente descrita por la víctima, y que utilizara el auto secuestrado –Peugeot 205–, coincide con la que, aparentemente, llevaría otro vehículo –Ford Fiesta–, del mismo color. De este modo, concluyó, Noroña podría haberse confundido sobre este dato.

No obstante tales consideraciones, entiendo que los agravios propuestos por el representante fiscal al efectuar su reclamo casatorio deben prosperar.

En primer lugar, considero que no le asiste razón a la sentenciante en cuanto a los argumentos que propone para restar peso convictivo a los reconocimientos positivos efectuados en rueda de personas por las víctimas, por resultar **contraria a las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común**.

Sobre este elemento de prueba, si bien la jueza afirma que «[e]xiste como prueba gravosa para la autoría el reconocimiento que tanto Noroña como Giorgiani realizan del hoy imputado[...]» (fs. 292 vta.), luego le niega ese valor, sin fundamentar debidamente la decisión que adopta, es decir, sin ofrecer una justificación razonable y lógica que permita verificar el criterio reflexivo que motivó la inferencia realizada. Al respecto, estimo que **fragmentó la valoración de este medio probatorio**, en cuanto no incorporó a su razonamiento, ni justificó su omisión, dos aspectos relevantes:

- (a) que ambos testigos directos del hecho aportaron convergentemente datos sobre las características morfológicas del acusado al evacuar el interrogatorio previo, conforme lo prevé el art. 263 del C.P.P; y,
- (b), que también coincidieron al señalar al sujeto que se ubicaba en la posición que ocupaba el imputado –N° 1–.

A lo que también puede válidamente agregarse la nula valoración de que, en el debate, ambos no sólo ratificaron aquel reconocimiento, sino que se volvieron a pronunciar, de manera contundente, sobre dicha circunstancia.

Así, Giorgiani dijo que «[v]ino al reconocimiento y la cara no se la olvida más», agregando, en clara referencia al acusado, que «[l]a persona que ve en la rueda es la que ingresa al local comercial y era el que la apuntaba» (fs. 289).

Lo mismo hizo Noroña al afirmar, de manera contundente, que quien se hallaba en la sala de juicio como acusado, era el mismo que había reconocido en rueda de personas, que era uno de los que había ingresado a robar a su negocio (fs. 289 vta.)

En segundo lugar, tampoco resulta coherente con el sistema de la sana crítica, asignar un determinado valor probatorio a los elementos de prueba que acompañan la causa sobre la base de un razonamiento meramente especulativo, desprovisto del necesario soporte objetivo que lo sustente.

En mi opinión, ésta ha sido la actitud asumida por la jueza de sentencia al argumentar que la duda sobre la autoría, también se desprendía de la supuesta confusión en que habría incurrido una las víctimas –Noroña– al describir el vehículo en el que se produjo la huída de los responsables del robo aquí investigado, ya que habría otro vehículo que, aparentemente con la misma chapa patente, sería el utilizado en otro ilícito posterior.

Del repaso de la totalidad de la prueba obrante en la causa, no puede soslayarse el hecho que la investigación contó con un dato no simple común para estos casos, como es que la víctima haya aportado la identificación precisa de la chapa patente que presentaba el automotor que fue utilizado en el evento criminoso para el escape de los responsables (AZD-088).

A ello se suma que, a raíz de ese dato, el personal policial actuante pudo no sólo proceder al secuestro de un rodado del mismo modelo, color e identificación registral que el señalado por el denunciante, sino

además, posibilitó su aprehensión, por la similitud en sus características personales que las que había suministrado la víctima (fs. 289).

Pero además, **la incorrecta valoración del plexo probatorio se torna aún más evidente** cuando se analizan en el fallo impugnado las supuestas discordancias entre las características físicas y de vestimenta aportadas por las víctimas con las que resultaron constatadas en sede judicial (acta de fs. 29).

En particular:

(a) la falta de coincidencia en la forma de los tatuajes de Tur Pizarro;

(b) que éste no sólo no tenía un piercing sobre una de sus cejas, sino que tampoco en esa zona de su cara pudo verificarse una huella de que el mismo hubiera existido; y, por último,

(c) que ninguno de los damnificados se percató de la presencia de lunares visibles en el rostro del acusado.

Sin embargo, considero que aquella conclusión debe ser descartada por dos motivos: primero, porque no se sustenta en los antecedentes de la causa; y, segundo, porque aún en el hipotético caso de que se convalidaran esas diferencias, lo cierto es que ninguna de ellas ostenta la entidad y la decisividad para sustentar razonadamente un margen de duda. Sobre los tatuajes, la sentenciante apuntó que Giorgiani dijo en el debate que «[u]no de ellos [por el imputado] tenía un tatuaje en un brazo, con unas formas, que era visible, negro y mediano, haciendo señas sobre su brazo, sobre que sería de 5 cm. y que era visible» (fs. 291).

Este elemento fue constatado durante la investigación, conforme da cuenta el acta que rola agregada a fs. 29, en la que se asentó que el imputado tenía «[d]os tatuajes visibles uno en cada brazo con los nombres de Joaquín en el brazo izquierdo y Daira en el brazo derecho».

Si bien resulta cierta la diferencia apuntada por la jueza - tatuaje de letras no de formas-, estimo que fracciona la interpretación de este dato, cuando no hace mención a la coincidencia respecto de las otras características aportadas por la víctima: su color –negro– y su tamaño –mediano –.

Por lo que ese dato no resulta dirimente para descartar la autoría. A idéntica conclusión se arriba con relación al uso o no de piercing. Es cierto que surgió de las actuaciones de autos, que ambas víctimas refirieron ese dato.

Sin embargo, que no se haya constatado el uso de ese elemento cuando se labró, a cuatro días del hecho, el acta de vestimenta y descripción morfológica (fs. 29), no puede ser valorado como elemento desincriminante.

Al respecto, comparto las apreciaciones que, sobre ese punto en particular, efectúa el recurrente, cuando afirma que «[e]xisten piercing o aros que pueden ponerse a presión, es decir sin necesidad de perforar la piel y que a simple vista son idénticos a los que necesariamente se insertan en la piel, no dejando marcas visibles una vez quitados» (fs. 307).

Por último, en relación a la visualización de lunares visibles en el rostro del acusado, más allá de las apreciaciones que en esta instancia puedan realizarse al respecto, entiendo que aún cuando se admitiera que ello resulta cierto, esto es, que ninguna de las víctimas se percató de su presencia, tal circunstancia sólo representa un dato más que debe ser valorado integralmente con el resto de la prueba obrante en la causa.

Es más, aún ante la hipótesis en que suprimiéramos mentalmente ese dato, no puede obviarse que las víctimas, además de las coincidencias entre aquellos aspectos analizados precedentemente, también concordaron sobre otra particularidad que resultó notoria a su visualización.

Me estoy refiriendo específicamente a la decoloración que en su cabellera presentaba el acusado. Este aspecto, si bien fue mencionado en la pieza impugnada, no resultó debidamente considerado por la jueza.

Por lo expuesto, considero que la ponderación que la sentenciante efectuó de los elementos de prueba incorporados no resultó ser la adecuada, conforme los lineamientos establecidos por la ley de forma, máxime si se tiene en cuenta la entidad de los hechos investigados.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la Sentencia N° 3.673 de fs. 281 y sus fundamentos de fs. 287/293, y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 301/309 vta. por representante del Ministerio Público Fiscal
- 2.- Anular el debate efectuado, la Sentencia N° 3.673 de fs. 281 y sus fundamentos de fs. 287/293, dictada por la entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de estos autos N° P-17.441/12.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo debate y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, 17 de mayo de 2019.-

16- REDEMI. 23-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI AFA	PCE	-	CO	A	-	CI CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190523_FcRedemi.pdf

Lex: Art. 162, 167 inc. 2°, 166 inc. 2°, 1° párrafo 1° supuesto y 166 inc. 2, 2° párrafo, 90, 55 del CP.

Vox: Hurto. Robo. Arma de Fuego apta para el disparo. Arma impropia. Poblado y banda. Lesiones graves. Concurso ideal. Valoración de la prueba. Unidad de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó a:

a- Rolando David Redemi a la pena de **siete años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de hurto y robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y mediante el uso de arma de fuego apta para el disparo y arma impropia en concurso ideal (arts. 45, 162, 167 inc. 2, 166 inc. 2 segunda y primera parte y 55 del Código Penal), y

b- Gustavo David Redemi Quiles a la pena de **doce años de prisión** de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de lesiones graves, hurto y robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y mediante el uso de arma de fuego apta para el disparo y arma impropia en concurso ideal (arts. 45, 90, 162, 167 inc. 2, 166 inc. 2 segunda y primera parte y 55 del Código Penal). Ambos en la causa N° 5.376

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Gustavo Redemi Quiles y de Rolando Redemi Espinoza.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 188, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro.

(J.A.F)

Fallo.

CUIJ: 13-04570134-9/1((028601-5376)) FC/ REDEMI QUILES GUSTAVO, LUCERO RODRIGUEZ BETIANA Y REDEMI ESPINOZA ROLANDO P/ ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA (5376) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104652603*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04570134-9/1, caratulada "FC/ REDEMI QUILES, GUSTAVO; LUCERO RODRIGUEZ, BETIANA Y REDEMI ESPINOZA, ROLANDO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Rolando David Redemi Espinoza interpone recurso de casación (fs. 861/869), contra la Sentencia N° 188 (fs. 812/813) y sus fundamentos (fs. 817/839), mediante la cual se lo condenó a la pena de siete años de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de hurto y robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y mediante el uso de arma de fuego apta para el disparo y arma impropia en concurso ideal (arts. 45, 162, 167 inc. 2, 166 inc. 2 segunda y primera parte y 55 del Código Penal) en la causa N° 5.376. La defensa de Gustavo David Redemi Quiles interpone recurso de casación (fs. 871/872 y vta.), contra la Sentencia N° 188 (fs. 812/813) y sus fundamentos (fs. 817/839), mediante la cual se lo condenó a la pena de doce años de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de lesiones graves, hurto y robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y mediante el uso de arma de fuego apta para el disparo y arma impropia en concurso ideal (arts. 45, 90, 162, 167 inc. 2, 166 inc. 2 segunda y primera parte y 55 del Código Penal) en la causa N° 5.376.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En la causa N° 6/19.714 el tribunal de juicio tuvo por acreditado en grado de certeza, que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria, siendo el siguiente: «En la ciudad de General Alvear, Departamento de General Alvear, Provincia de Mendoza, para fecha 23 de Marzo de 2.017, aproximadamente a la hora once y diez minutos, los hoy imputados Gustavo David Redemi Quiles y Rolando David Redemi Espinoza, quienes se conducían en una moto marca ROUSER 200 BAJAJ, color negro, con detalles en color blanco y rojo, dominio 004-KMB, se hicieron presentes en el domicilio sito en calle Santa Fe, entre calles "5" y "6" de este Departamento, propiedad de Andrés Vabrik y su esposa Carolina Bardaro, ingresaron al interior del inmueble, donde se apoderaron ilegítimamente de bienes muebles totalmente ajenos, los cuales a continuación se detallan: un estuche de arma de fuego, color negro, que contenía en su interior un fusil RUGUER, calibre 338, con mira telescópica marca SWAROVKY, de color negra, de madera veteada y caño de acero inoxidable, con su documentación; veinte proyectiles de nariz redonda; una escopeta calibre 12/70, tipo táctica, marca TAURUS, con culatín telescópico, una

pistola 9mm, marca FM, de color negra, empavonada, con el cargador colocado con diez proyectiles, uno en recámara y otro cargador con 10 proyectiles, y una caja de cincuenta proyectiles marca WAFFEN, todos con punta azul, retirándose luego del lugar con los elementos sustraídos, consumado el delito con la ayuda de la ciudadana Araceli Yolanda Alicia Vallejo, empleada doméstica en el domicilio de las víctimas, la cual facilitó el ingreso a la vivienda de los encartados.

A su vez transcurrido poco tiempo después del hecho, los imputados regresaron al lugar, descendiendo de la moto Gustavo David Redemi, con el casco negro con vivos blancos colocados en la cabeza, circunstancia en la que fueron observados por la propietaria del inmueble, Carolina Bardaro, en el patio de ingreso del inmueble, consultándole Bardaro el motivo de su presencia en el lugar, manifestando Redemi que buscaba a una persona, saliendo el encartado rápidamente de la propiedad dirigiéndose a la moto donde lo esperaba su hijo Rolando Redemi, dándose a la fuga».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de Martín Alejandro Lucero, de Carolina Bardaro Martínez, de María Florencia Mendi Castilla, de Juan José Poncina Ramos y de Luis Andrés Vabrik Burne; la declaración del imputado Rolando Redemi; las fotografías que constan a fs. 25/29; el informe de policía científica de fs. 24 en el que consta que la motocicleta dominio 004-KMB era de propiedad de Gustavo Redemi desde el 13/12/14; el informe de fs. 30 de fecha 04/02/18 del que surge que del allanamiento realizado en el interior del domicilio de Gustavo Redemi se secuestró la motocicleta dominio 004-KMB; el informe de fs. 96 en el que consta que el casco rojo y las zapatillas son secuestradas del interior del domicilio de Gustavo Redemi. En cuanto a la causa N° 5.376/4.111/19.714 el tribunal de sentencia tuvo por acreditado en grado de certeza, que los hechos ocurrieron tal como lo sostuvo la hipótesis acusatoria, siendo el siguiente: «En la ciudad de General Alvear, Provincia de Mendoza, para fecha 15 de junio de 2.017, aproximadamente a las 11:00 horas, en circunstancia que Gustavo David Redemi Quiles circulaba conduciendo una moto marca MOTOMEL, modelo BLIZ 110 cc, dominio A030-VWM, color roja y gris, junto con Betiana Carolina Lucero Rodríguez, se apersonaron conjuntamente con Rolando David Redemi Espinoza (hijo de Gustavo Redemi), y otra persona de sexo masculino (NN), en el local comercial ubicado en la intersección de calles Chacabuco y Prolongación España (cuadrante noroeste) de esta ciudad. Gustavo Redemi portando un arma de fuego tipo pistola semiautomática calibre 9mm, marca HI POWER, N° 359684, cargada con municiones en su interior, y los otros dos sujetos masculinos mencionados -cubriendo sus rostros con pañuelos- ingresaron al comercio, en oportunidad que salía del lugar Gastón Emanuel Constanza, a quién le exigieron que volviera a ingresar al local, dirigiéndose hacia la abuela de Gastón, Ana Bugao Gatica, propietaria del comercio.

A continuación le apuntaron a la mujer con el arma de fuego, exigiéndole que les entregara el dinero de la caja, apoderándose ilegítimamente de la suma aproximada de \$ 10 o \$15, luego empleando el arma condujeron a Bugao, a Gastón Constanzo y a Gervasio Constanzo Mansilla (esposo de Ana Bugao y abuelo de Gastón Constanzo), hasta el comedor de la vivienda, posteriormente a la cocina donde Gustavo Redemi, Rolando Redemi y el otro sujeto comenzaron a golpear a las víctimas en distintas partes del cuerpo, provocándoles distintas lesiones, especialmente a Gastón Constanzo a quien golpearon en la cabeza con un caño de color verde de termofusión de 45 cm. Intertando Gustavo Redemi apuntaba con su arma de fuego apta para el disparo a Ana Bugao, para luego retirarse del lugar con el dinero sustraído corriendo por calle Chacabuco hacia el este.

Según los informes médicos Gervasio Constanzo sufrió las siguientes lesiones: tec sin pérdida de conocimiento, herida cortante en región occipital con puntos de sutura, hematomas y politraumatismos

múltiples, con 20 días de I.P.T; Gastón Constanzo presentó las siguientes lesiones: tec sin pérdida de conocimiento, herida cortante en región parietal izquierda, politraumatismos faciales, con 15 días de I.P.T, también presentó herida cortante en cuero cabelludo, pérdida de conocimiento, con 20 días de I.P.T; Ana Bugao tuvo las siguientes lesiones: tec sin pérdida de conocimiento, herida cortante con puntos de sutura en región frontal izquierda, politraumatismos múltiples, hematomas múltiples, con 20 días de I.P.T.». En esta oportunidad el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de Ana Bugao, de Gastón Constanzo, de Gervasio Constanzo, de Bonifacio Rojas Aranda, de María de los Ángeles Romero, de Juan Pablo Peralta, de Pablo Daniel Graín, de Jorge Luis Manzano, de Pedro Osvaldo Constanzo, de Nélide Elena Espinoza, Juliana Casatti y de Laura Raquel Jahan; el informe de la constatación de las lesiones de Ana Bugao, de Gastón Emanuel Constanzo y de Gervasio Constanzo; el informe de la constatación del estado de las cosas del almacén; el acta de secuestro de un trozo de caño de color verde de 50 cm de largo; la constancia del reconocimiento en rueda de persona de Ana Bugao; el informe del suceso de CEO de fs. 388/390; y por último, el informe de Policía Científica de fs. 242/245 y vta.

2.- Recurso de casación

2.a) Recurso de casación de **Rolando Redemi Espinoza**

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del C.P.P.

2.a.1. Causa N° 6/19.714

El recurrente estima que la jueza consideró, sin la más mínima prueba, que el imputado Redemi Espinoza era coautor del delito de hurto por la sola circunstancia de haber estado parado enfrente del lugar del hecho.

En efecto, cuestiona que no se explicó cual era la conducta desplegada por el imputado, así como tampoco las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Agrega que tampoco fue fundamentado el nexo entre el hecho endilgado y el imputado Redemi Espinoza.

Así, considera que la sentencia condenatoria resultó inmotivada y arbitraria.

Sostiene que eran dos los testigos de cargo en los que se apoyó la sentencia condenatoria; por un lado María Florencia Mendi y, por otro, Carolina Bardaro. Manifiesta que ambas declaraciones coincidían al afirmar que era y/o había un solo hombre saliendo del predio, no dos hombres, ya que el segundo hombre se encontraba ubicado detrás de la moto. En suma, el recurrente sostiene que fue un solo hombre quien desplegó la conducta típica, antijurídica y culpable.

Cuestiona que el a quo sin mediar justificación, le endilga el hecho del hurto a Gustavo Redemi Quiles y a Rolando Redemi Espinoza, sin establecer el grado de participación que le cupo al segundo hombre (aquel que esperaba en la moto al que salía del predio).

Por lo que cuestiona que, para el a quo tanto el que ingresó al predio y sustrajo las armas, como el que esperaba sentado atrás en la moto cometieron el hurto.

Por tanto, considera que la jueza de sentencia no realizó una **valoración jurídica**, ni legal, del grado de participación criminal de Redemi Espinoza, atento a que incluyó a los dos imputados como coautores del hurto, cuando de las testimoniales surgía que fue uno solo el que hurtó las armas.

Por último, sostiene que la única prueba de cargo que vinculaba a Rolando Redemi Espinoza con el hurto, y por el cual se lo condenó, fue el hecho que se secuestraron unas zapatillas similares a las de la foto tomada por Bardaro.

Por lo tanto afirma que la jueza sentenciante tuvo «animosidad» en condenar a Redemi Espinoza.

2.a.2. Causa N° 5.376/4.111/19.714

En relación a estos obrados, la defensa de Redemi Espinoza sostiene que la jueza de sentencia hizo una valoración precaria de la prueba rendida, lo que deriva en la arbitrariedad de la sentencia.

En efecto, el tribunal de sentencia señalaba como testigo de cargo a Ana Bugao, quien manifestó que estaba segura que vio cuando Rolando Redemi le pegaba a su nieto. Sin embargo el recurrente hace referencia que la jueza omitió mencionar y valorar la testimonial incorporada por lectura de su esposo Gervacio Constanzo, quien expresó que a su nieto prácticamente no le hicieron nada, y que a Rolando Redemi no lo conocía, siendo su declaración opuesta a la de su esposa.

Asimismo, sostiene que la jueza sentenciante obró en igual sentido respecto de la testimonial de Gastón Constanzo, siendo su declaración contradictoria.

Señala así que por ejemplo, refirió «no recordar» debido a que perdió el conocimiento por los golpes pero, sin embargo, alcanzó a llamar a su madre y a su novia.

Luego afirma que el tribunal de sentencia no analizó los testimonios de Rojas Aranda, de María de los Ángeles Romero y del menor Juan Pablo Peralta; y con respecto a los testigos propuestos por la defensa, tales como Elena Espinoza (madre de Rolando Redemi) y Juliana Casatti (concubina de Rolando Redemi), sólo expresó que no revestían valor de descargo al ser sopesados con los demás elementos de prueba.

Además, el recurrente sostiene que la jueza de sentencia hizo referencia a que el discurso encendido del abogado defensor de Rolando Redemi, no era convincente, siendo a su entender un hecho absolutamente inapropiado en un tribunal de juicio, atento a que no estaba siendo juzgado el profesional.

Agrega que en cuanto a la detención ilegal del imputado Redemi Espinoza, el tribunal tampoco dijo nada.

Por último, menciona que existió por parte de la juzgadora violación a las normas de procedimiento, atento a que el representante del Ministerio Público Fiscal leyó sus alegatos, siendo que el art. 405 in fine establece que no podrán leerse los memoriales, no haciendo la jueza nada al respecto, sino que por el contrario dejó que continuara explayándose en sus memoriales.

Por lo expuesto, el recurrente considera que si el tribunal de sentencia hubiera valorado, de acuerdo a la sana crítica, las prueba rendidas en la audiencia de debate, y si hubiera meritudo correctamente las situaciones fácticas, antes, durante y con posterioridad a los hechos motivos del plenario, seguramente hubiese sido otro el resultado final.

Por lo tanto, considera que le restó entidad a elementos probatorios de valor decisivo.

En consecuencia, considera que corresponde anular la sentencia, ya sea en forma parcial o total, según el caso, disponiendo el pertinente juicio de reenvío.

Hace expresa reserva del caso federal.

2.b) Recurso de casación de **Gustavo David Redemi Quiles**

La defensa promueve su impugnación también sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del C.P.P.

Considera violadas, o erróneamente aplicadas, los arts. 315, especialmente el inc. 2; 205; 206; 208; 211 y 416, inc. 4 del C.P.P.; los arts. 45, 90, 162, 166, inc. 2, y 167 inc. 2 del C.P.; y el artículo 18 de la C.N. En efecto, sostiene que la transgresión a esas normas legales constituyen una seria y grave afectación al debido proceso legal y a la garantía de la defensa en juicio.

Solicita que esta Sala case la sentencia recurrida y modifique sustancialmente la calificación de los hechos atribuidos al imputado Redemi Quiles en los autos N° 5.376/19.711, o que la anule, atento a que el recurrente considera que no se ha observado debidamente el inc. 3 del art. 411 del C.P.P.

Hace expresa reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General

El Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General al analizar los recursos presentados por los defensores de Rolando David Redemi Espinoza y Gustavo Redemi Quiles, sostiene que deben ser rechazados.

En relación a la primera de las impugnaciones, y respecto a la causa N° 6/19714, considera que en la sentencia se ha descripto detalladamente el rol que le cupo a cada uno de los participantes, por lo que los cuestionamientos no pueden prosperar.

En cuanto a la causa N° 5376 sostiene que la jueza hizo mención al testimonio de Bonifacio Rojas Aranda, y al de María de los Ángeles Romero, todos los cuales unidos a la testimonial de las víctimas, en especial al de Ana Bugao, dejan sin lugar a dudas de la participación de Redemi Espinoza en el hecho.

Por último, con respecto a la lectura de los alegatos por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, estima que no resulta ser un vicio procesal que afecte un derecho o que cause un gravamen irreparable al imputado, por lo que el cuestionamiento tampoco puede prosperar.

Luego el Fiscal Adjunto analiza el recurso presentado por el defensor de Gustavo David Redemi Quiles, y advierte que no existe en concreto ninguna expresión de agravios, sino que se limita a enumerar las disposiciones legales violadas o erróneamente aplicadas, pero sin desarrollarlas.

Asimismo, considera que omite precisar los argumentos por los cuales entiende que la subsunción legal no fue la correcta.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio Preopinante

Puesto a resolver los recursos de casación formulados considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerles lugar.

Así, luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por los recurrentes no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante. Veamos.

En primer lugar analizaré el recurso de casación del imputado Rolando Redemi Espinoza respecto de la **causa N° 6/19.714.**

Con respecto al agravio referido a que la jueza de sentencia no explicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, debe ser rechazado, atento a que de un análisis integral de la resolución, y en especial de la valoración probatoria, surge con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho objeto de la acusación.

En este sentido, debo mencionar que coincido con la valoración de la totalidad del cuadro probatorio realizado por el tribunal de sentencia, integrado principalmente por el testimonio de María Florencia Mendi, quien advirtió del hecho ilícito a su cuñada Carolina Bardaro, siendo ésta quien sacó fotos con su celular a los autores del hecho, quienes resultaron ser Gustavo y Rolando Redemi, así como también la chapa dominial de la motocicleta en la que se fugaron, resultando ser de propiedad de Gustavo Redemi. También se encuentra integrado por el acta de allanamiento realizado en el domicilio de Gustavo Redemi, en el que consta que la mencionada motocicleta se encontraba en su interior; y por último, como indicio relevante, la circunstancia de ser encontrada, aproximadamente dos meses después en otro hecho ilícito, la pistola 9 mm de propiedad de Vabrik en poder de Gustavo Redemi.

El agravio referido a la falta de explicación por parte del sentenciante con respecto a la conducta desplegada por el imputado Redemi Espinoza en el hecho investigado, debe ser rechazado, en tanto el

recurrente no señala concretamente cual es el vicio, ni demuestra como se habría producido, así como tampoco explica porque razón la sentencia ha violado la sana crítica racional.

De esta forma, se verifica que la censura no se autoabastece por no estar debidamente fundada, entorpeciendo la labor de control a realizar por este Cuerpo. Además, surge que el recurrente desarrolla el agravio sin explicar concretamente su decisividad en relación al resultado del fallo que ataca. En segundo lugar analizaré el recurso de Redemi Espinoza respecto de la causa N° 5.376/4.111/19.714.

A mi modo de ver, **el análisis integral de los elementos de prueba** colectados a lo largo de todo el proceso judicial, permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria, por cuanto resulta sustentada en prueba suficiente que acredita de manera clara e indubitable la realización del hecho ilícito y la vinculación de los imputados, Gustavo y Rolando Redemi, en su comisión.

De este modo, estimo que existen motivos de peso para asignarle razón al tribunal sentenciante en sus conclusiones, es decir, que tiene base, como piedra angular, en la declaraciones testimoniales de las víctimas; en el resultado de la rueda de reconocimiento de persona en la que Bugao reconoce a ambos imputados, Gustavo y Rolando Redemi, como los autores del hecho, atento a que los conoce de años; y en la aprehensión en flagrancia de Gustavo Redemi.

El sentenciante argumentó en forma lógica, que los testimonios de las víctimas, esto es de Gastón Constanzo, de Gervasio Constanzo y de Ana Burgao, fueron sinceros, objetivos, y carentes de animadversión.

Especificando además que Burgao explicó detalladamente la conducta asumida por cada uno de los atacantes, presentando su relato una estructura coherente y permaneciendo inalterado, atento a que de las constancias de autos surge que, desde el primer momento, al arribo de personal policial, así como también al formular denuncia y prestar declaraciones testimoniales, la víctima brindó información coincidente en lo sustancial con la manifestada en el juicio (fundamentos, fs. 828 vta./829).

Por lo que estimo que no le asiste razón al recurrente al manifestar que la jueza de sentencia omitió valorar la testimonial incorporada por lectura de Gervasio Constanzo.

Por ello, el agravio debe ser rechazado. Asimismo, surge de los fundamentos que la prueba testimonial de las víctimas se encuentra corroborada por fuentes externas, tales como los testimonios de Bonifacio Rojas Aranda, vecino del lugar; de María de los Angeles Romero, vecina del lugar; de Juan Pablo Peralta, nieto menor de las víctimas; de Pablo Daniel Graín; y, de Jorge Luis Manzano, personal policial que primero llegó al lugar; la constatación de las lesiones por parte de las víctimas, siendo compatibles con la modalidad en el ejercicio de la violencia desplegada por parte de los imputados; la constancia del estado de las cosas en el almacén; y, el secuestro en el lugar de un trozo de caño de color verde de unos 50 cm de largo, coincidente con el empleado en el hecho por los atacantes.

En efecto, como en el párrafo anterior, considero que no le asiste razón al recurrente, por lo que el agravio debe ser rechazado, en tanto la sentenciante valoró en forma lógica los testimonios brindados por Rojas Aranda, María de los Ángeles Romero, y Juan Pablo Peralta. La misma suerte corre el agravio referido a la falta de valoración de las testimoniales de Elena Espinoza, madre de Rolando Redemi, y de Juliana Casatti, concubina de Rolando Redemi, en tanto fueron analizadas y valoradas al momento de dictar sentencia condenatoria (fundamentos, fs. 835), correspondiendo su rechazo.

Con respecto al cuestionamiento referido a la valoración del a quo sobre la actuación de la defensa, estimo que tal agravio no debe ser analizado, en tanto el recurrente no explicó su decisividad, así como tampoco porque razón su valoración haría variar la solución adoptada.

En cuanto a que la detención de Rolando Redemi fue ilegal, no le asiste razón al recurrente, en tanto que al momento que el imputado se presentó en la comisaría, la víctima, Ana Bugao, ya lo había señalado como autor del hecho.

Asimismo, su padre, Gustavo Redemi, ya había sido aprehendido in fraganti, por lo que demuestra que la aprehensión ocurrió momentos después del hecho, cuando personal policial se encontraba realizando las investigaciones pertinentes a fin de lograr la individualización y aprehensión de los sujetos mencionados en la denuncia.

En efecto, considero que no resulta ilegítima su aprehensión, sino que fue realizada dentro del marco legal correspondiente, por lo que corresponde rechazar el presente agravio. Por último, con respecto a la lectura de los alegatos por parte del fiscal, es necesario señalar que no resulta ser un vicio procesal que afecte un derecho o que cause un gravamen irreparable al imputado, por lo que corresponde su rechazo. En síntesis, de la impugnación analizada se advierte, que el recurrente **pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate** y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria. En tercer lugar analizaré el recurso de casación del imputado Gustavo Redemi Quiles.

Estimo, en forma coincidente con el Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General, que el recurrente no menciona ningún agravio en concreto sino que, por el contrario, se limita a enumerar las disposiciones legales vigentes o erróneas aplicadas, pero sin desarrollar los cuestionamientos pertinentes en relación a la resolución que impugna.

Además, el recurrente omitió precisar los argumentos por lo que entiende que la subsunción legal efectuada por el tribunal no fue la correcta, así como tampoco indicó cuál sería la calificación legal que considera aplicable al caso concreto.

En suma, considero que el recurso debe ser rechazado, atento a que la queja intentada debe al menos explicitar agravios que permitan a esta Sala expedirse sobre ellos, situación que no se advierte en el recurso en análisis.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Gustavo Redemi Quiles y de Rolando Redemi Espinoza. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Gustavo Redemi Quiles y de Rolando Redemi Espinoza.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. José Luis Ros y Javier Alfredo Tatangelo para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Notifíquese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

17- FLORES ROJO. 05-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	-	PCC PCE	-	EGT	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcFlores.pdf

Lex: Art. 164, 42 del CP.

Vox: Robo simple. Tentativa. Valoración de la prueba.

Summa:

El **Juzgado de Garantías de Flagrancia** condenó a

a- Paniagua Hoyos a la pena de **un año de prisión de cumplimiento condicional** y

b- Flores Rojo a la pena de **un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo** por el delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del Código Penal) en la causa N° 25186/13

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación interpuesto por las defensas

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 3.649, pronunciada por el Juzgado de Garantías de Flagrancia N° 1-1° CJ.*

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(J.A.F)

Fallo.

CUIJ: 13-03924286-3/1((011421-25186)) FC/FLORES ROJO FABIAN ALEJANDRO Y PANIAGUA HOYOS MARCOS RODOLFO P/ROBO AGRAVADO (25186) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103974483*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03924286-3/1, caratulada "F. C/ FLORES ROJO, FABIÁN ALEJANDRO Y PANIAGUA HOYOS, MARCOS RODOLFO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

Las defensas de Marcos Rodolfo Paniagua Hoyos y de Fabian Alejandro Flores Rojo interponen recurso de casación (fs. 570/576 vta. y 578/589, respectivamente), contra la Sentencia N° 3.649 (fs. 542/543) y sus fundamentos (fs. 551/558), mediante la cual se condenó a Paniagua Hoyos a la pena de un año de prisión de cumplimiento condicional y a Flores Rojo a la pena de un año y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de robo simple en grado de tentativa (art. 164 y 42 del Código Penal) en la causa N° 25186/13.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia, de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que: «[...] Flores Rojo, Fabian Alejandro, para fecha 14 de Marzo de 2013, siendo aproximadamente las 12:00 horas, fue observado por Germán Foix Cantú, testigo del hecho, intentando ingresar en el auto marca Ford, modelo Escort, Dominio TSE 948, que se encontraba estacionado sobre calle Granaderos, a metros hacia el Oeste de calle Roca de Mendoza, Capital, previo forzar la cerradura de la puerta delantera izquierda. Al darse cuenta de la presencia del testigo Flores Rojo salió caminando hacia calle Julio Roca, fue perseguido por el testigo, comenzó a correr y se dirigió hacia calle Martínez de Rosas en donde se subió a un vehículo marca Fiat, modelo Duna, quien aminoró su marcha para que ello sucediera, siendo conducido bajo el mando de Paniagua Hoyos, Marcos Rodolfo». Para así decidir el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes: las declaraciones testimoniales de Gustavo Ariel Castro Buenanueva, de Jairo Yamil Navarro, de Sergio Rubén López, de German Foix, de Daniel Armando Zoppino, y de Hernán Armando Barrionuevo; la declaración de los imputados Flores Rojo y Paniagua Hoyos; el acta de fs. 1 y vta.; las actas de fs. 2 y 3; el acta y croquis de fs. 4; la denuncia de fs. 9; el secuestro de fs. 19; el acta de secuestro de fs. 21/25; y vta.; y, el acta de visu de fs. 29 y 30.

2.- Recurso de casación

2.a) Recurso de casación de *Marcos Rodolfo Paniagua Hoyos*

Los motivos de la impugnación de la defensa Paniagua Hoyos se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1 del C.P.P. Consideran que la sentencia carece de motivación y fundamentación suficiente al valorar arbitrariamente pruebas regularmente incorporadas al proceso.

Solicitan que se case la sentencia recurrida y se dicte un nuevo pronunciamiento absolviendo a Paniagua de manera lisa y llana; o, en su caso, por el beneficio de la duda. En subsidio, peticiona que sea reducida la pena impuesta. Así, proponen los siguientes cuestionamientos.

1) Estiman que, atento al acta de denuncia de Gustavo Ariel Castro rendida en la instrucción penal preparatoria y su declaración testimonial en el debate, como así también la declaración testimonial de Germán Foix Cantu durante la instrucción penal preparatoria y durante el debate, no quedó individualizado el vehículo que utilizaron los imputados para darse a la fuga. Elemento que consideran de vital importancia para tener por acreditado el objeto de la causa y la autoría de los imputados.

2) Sostienen que la individualización del sujeto que habría llevado a cabo la conducta delictiva, es dudosa, atento a que un elemento que se tuvo en cuenta como indicio, es una supuesta carpeta roja que habría llevado el autor del hecho.

Sin embargo, argumentan que del secuestro surge la existencia de una carpeta, que no se dilucidó el color, a la vez que no se exhibió en el debate y que en los alegatos el Ministerio Público sostuvo que era de color marrón. Por lo que solicitan que este elemento disminuya su valor.

3) En cuanto a las circunstancias de tiempo, estiman que del relato de la mayoría de los implicados se puede tener por acreditado que desde que el verdadero autor se subió al vehículo Fiat Duna, hasta que detuvieron a Paniagua, transcurrieron 15 minutos. Si se tiene en cuenta que a éste lo detuvieron a 3 cuadras de donde se subió el verdadero autor al vehículo, a su entender es ilógico que uno de los autores del hecho sea Paniagua, atento a que con ese margen de tiempo, los verdaderos autores se encontraban a kilómetros de la zona de rescate del frustrado ladrón.

4) Por último cuestiona la pena aplicada, atento a que se aleja del mínimo, llegando a un tercio de la escala al condenar a Paniagua a 1 año de prisión de ejecución condicional. Hacen expresa reserva del caso federal.

2.b) Recurso de casación de *Fabián Alejandro Flores Rojo*

Los motivos de la impugnación de la defensa se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP. Así, propone los siguientes cuestionamientos.

1) En relación al color del vehículo de Flores Rojo, considera que según surge de las distintas declaraciones, como por ejemplo de Castro Buenanueva y de Foix Cantu, como así también del acta de procedimiento, del acta de ratificación y del acta de retención vehicular, existen notorias inconsistencias. Siendo a su entender un dato fácilmente apreciable y por tanto esperable que fuera recordado con certeza y sin vacilaciones. Sostiene que esta cuestión no puede dejar de considerarse y menos si se tiene en cuenta la gran cantidad de vehículos Fiat Duna que deben circular por las calles de la Ciudad de Mendoza.

2) En cuanto a las características morfológicas de Flores Rojo señala que no se condice con lo declarado por Castro Buenanueva, ni por Foix Cantu, así como tampoco por lo consignado en el acta de vestimenta y descripción morfológica. Con relación a la vestimenta de Flores Rojo el día de los hechos, destaca que Castro Buenanueva y Foix Cantu sostuvieron que vestía en la parte superior del cuerpo una prenda de color beige (ya sea campera o remera).

Sin embargo, agrega, que tal vestimenta no coincide con la que surge del desgrabado del CEO en la que se consigna que la campera en cuestión sería de color negro. Además, hace referencia que, según el acta de procedimiento y el acta de aprehensión, Flores Rojo vestía al momento del hecho una campera de color gris, circunstancia que no se condice con ninguna de las dos versiones anteriores. Hace referencia, que si bien es cierto que al momento de requisar el vehículo de Flores Rojo se secuestró una campera de color beige, sostiene que esta sola circunstancia no puede ser considerada como un indicio o elemento de prueba que pueda valorarse en su perjuicio, máxime si se tiene en cuenta la cantidad de camperas, buzos, remeras de ese color que pueden llegar a existir en la Ciudad de Mendoza.

3) Con respecto a la carpeta que habría llevado quien intentó cometer el delito, refiere que Foix Cantu manifestó que era de color roja. Al respecto sostienen que en el acta de procedimiento se consignó el secuestro de una carpeta roja pero, sin embargo, en el acta de secuestro figura una carpeta de color marrón, lo que introduce, según su entender, un nuevo factor de duda que redundó en perjuicio de Flores Rojo.

4) Asimismo, sostiene que la jueza descartó arbitrariamente la versión de los hechos aportada por el imputado Flores Rojo, considerándola meras elucubraciones o conjeturas que carecen de la solidez necesaria para destruir su estado de inocencia. Argumenta que únicamente valoró la prueba de cargo, la que a su entender no tiene el sustento suficiente como para aseverar que el imputado Flores Rojo haya sido el autor del delito que se le endilga. En efecto, considera que la versión del imputado Flores resultó corroborada por los dichos de Sergio Rubén López y de Hernán Armando Barrionuevo, resultando las tres declaraciones concordantes entre sí. También argumenta el recurrente que, del secuestro de los elementos que se encontraba en el interior del vehículo, no había ninguna documentación que permita presumir que iban a realizar algún trámite al registro. Considera que esta circunstancia resulta insuficiente para pretender responsabilizar a una persona.

5) Por último, peticona, para el caso que no se comparta el criterio antes expuesto, la revisión del monto de la pena impuesta al imputado Flores Rojo por considerarla desproporcionada y excesiva con el tipo penal que se le atribuye.

Con respecto a la modalidad de cumplimiento de la pena, solicita a esta Suprema Corte de Justicia que se cumpla **bajo «Semidetención (prisión nocturna)»**, teniendo en cuenta que es padre de familia, tiene un trabajo fijo y un lugar de residencia fijo en la provincia.

Hace expresa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que los recursos no resultan sustancialmente procedentes, por lo que se debería confirmar la validez de la sentencia impugnada. Sostiene que los recursos promovidos se estructuran en torno a la reedición de la estrategia defensiva, consistente en valorar nuevamente las declaraciones de los testigos Castro, Foix, Zoppino, Navarro, López y Barrionuevo, sobre circunstancias que han sido ponderadas y evaluadas en la sentencia. Considera que la sentencia recurrida se ha valido de las pruebas que fueron pertinentes y útiles a los fines de acreditar el hecho en las circunstancias narradas por la víctima, por el personal policial actuante y por el testigo presencial de los hechos, que acreditan la existencia de fuerza en la cerradura, que el imputado Flores vestía una prenda beige, llevaba una carpeta en su mano y que se dieron a la fuga en un vehículo conducido por Paniagua, marca Duna, con llantas, polarizado y de color dorado. En cuanto a la pena impuesta, sostiene que el Tribunal analizó en forma particular la situación de los condenados, considerando las circunstancias objetivas y subjetivas,

y el monto aplicado se encuentra ajustado a derecho y dentro de la escala penal que se prevé para el injusto endilgado en grado de tentativa.

Agrega que la pretensión defensiva no tiene ninguna apoyatura en datos objetivos, sin sustento en la realidad probatoria de la causa; por lo que sólo puede ser sostenida como estrategia defensiva, que ha sido desestimada en la sentencia.

Por lo tanto, refiere que los agravios que mencionan los recurrentes, en cuanto a la valoración de la prueba y a la imposición de la pena, aparecen a todas luces infundados, frente a las pruebas arrimadas a la causa, que acreditan de manera irrefutable la existencia de los hechos. Por último, al no demostrarse la existencia de inobservancia de las normas que pudieran acarrear la nulidad, como tampoco la errónea la aplicación de la ley sustantiva en la sentencia del Primer Juzgado de Flagrancia de la Primera Circunscripción Judicial, considera que corresponde rechazar los recursos articulados.

Voto Dr. Valerio Preopinante

4.- La solución del caso

Puesto a resolver los recursos de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a las impugnaciones.

Luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por los recurrentes no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

Cabe advertir que la jueza de sentencia realizó un detallado examen del mérito probatorio que la llevó razonadamente, y sin los vicios que los recurrentes atribuyen a la motivación de la sentencia, a tener por acreditado, con el grado de certeza que requiere una condena, que Fabián Alejandro Flores Rojo y Marcos Rodolfo Paniagua Hoyos son coautores penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. Atento a la identidad de los agravios, estimo conveniente abordarlos en forma conjunta.

1) En cuanto a la falta **individualización del vehículo** que utilizaron los imputados para darse a la fuga, estimo que no le asiste razón a los recurrentes, en tanto surge acreditado el secuestro de un vehículo de semejantes características a las señaladas por el testigo Germán Foix Cantu, es decir, un Fiat Duna con los vidrios polarizados y las llantas deportivas, aunque el color no coincida totalmente.

Sin embargo, es de resaltar que Germán Foix Cantu refirió en la instrucción penal preparatoria que el vehículo era de color dorado o plateado, y durante el debate oral que era de color calor blanco, por lo que se advierte que siempre hizo referencia a colores claros. Sumado a ello, personal policial expresó que en la zona no habían otros vehículos de similares características a las señaladas por el testigo. Por lo tanto, comparto lo sostenido por el tribunal de juicio en tanto quedó acreditado que el vehículo secuestrado fue utilizado por los imputados Flores Rojo y Paniagua Hoyos para darse a la fuga.

2) Con respecto a la falta de individualización del imputado Flores Rojo, estimo que tampoco le asiste razón a los recurrentes, atento a que quedó acreditado que personal policial aprehendió a los autores del hecho por las características de uno de los sujetos aportadas por Foix Cantu, esto es su altura, su rasgo físico, como así también la circunstancia que llevaba una campera de color beige. Tal descripción el a quo la encontró corroborada por los dichos del testigo Castro Buenanueva, quien refirió que el sujeto que rompió la cerradura de su vehículo e intentó sustraer del interior sus pertenencias -siendo identificado posteriormente como Flores Rojo-, vestía campera de color beige y un pantalón de jean. Asimismo debe resaltarse, que el Oficial Navarro, quien aprehendió a Flores Rojo y a Paniagua Hoyos, sostuvo que del interior del vehículo Fiat Duna en el que circulaban los imputados se secuestró una campera de color beige, que fue señalada por Foix y por Castro Buenanueva como la que llevaba Flores Rojo.

3) En cuanto a las circunstancias de tiempo, considero que no es decisivo para anular la sentencia el hecho de que los imputados fueran aprehendidos entre 10 y 15 minutos luego que personal policial entrevistara a los testigos y a aproximadamente a 3 cuadras del lugar del hecho. En este sentido, para determinar si la prueba omitida de valoración es decisiva o no, se debe recurrir al método de la inclusión o exclusión mental hipotética, por lo que una prueba es decisiva y afecta la motivación, si mentalmente se la incluyera o excluyera en el análisis probatorio y las conclusiones hubieran sido distintas.

En el caso concreto la sentencia se sustenta en elementos de juicio suficientes y válidos, explicando el Tribunal el mérito que ha dado a cada uno de los testimonios producidos durante el debate oral, señalando las concordancias con otros elementos probatorios legalmente incorporados en el referido debate, sin encontrar en sus razonamientos ningún vicio decisivo que invalide la motivación en la que se funda la sentencia atacada. Conforme a ello, estimo que el mencionado agravio resulta una mera conjetura del recurrente con el fin de desacreditar la participación de los imputados en el hecho investigado.

4) En cuanto al cuestionamiento vinculado al color de la carpeta que llevaba uno de los autores del hecho, considero, en el mismo sentido que el agravio anterior, que no resulta un argumento decisivo para declarar la nulidad de la sentencia, en tanto fue secuestrada en poder de los imputados al momento de ser aprehendidos en la inmediaciones del lugar, y conforme la descripción aportada por los testigo Foix y Castro.

5) Con respecto a lo sostenido por la defensa de Flores Rojo, en tanto que el tribunal de sentencia descartó arbitrariamente la versión de los hechos aportada por aquel imputado, considero que no le asiste razón, en tanto surge de los fundamentos de la sentencia que no sólo se valoró, respetando la sana crítica racional, la declaración de Flores Rojo, sino también las declaraciones de los testigos aportados por la defensa, Sergio Rubén López y Hernán Armando Barrionuevo, descartándolas por resultar contradictorias y sin otros elementos probatorios que las sustentaran.

6) Por último, considero que los argumentos mediante los cuales los recurrentes intentan controvertir la pena impuesta a los imputados, tampoco puede prosperar en esta instancia, puesto que no se advierten vicios capaces de refutar suficientemente el razonamiento del tribunal interviniente. Esto por cuanto éste valoró, de manera adecuada y razonada, las pautas previstas normativamente por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

En efecto, la a quo tuvo en cuenta como circunstancias atenuantes la juventud de los imputados; que ambos se encontraban trabajando; y, que cumplieron las reglas de sujeción al proceso. Asimismo, tuvo en cuenta la situación familiar del imputado Flores Rojo.

A su vez, como circunstancias objetivas, estimó que Flores Rojo tenía antecedentes penales computables, por lo que resultaba inviable la aplicación de una pena condicional. Igualmente, consideró el daño realizado en el vehículo ajeno; la premeditación de su accionar junto con Paniagua Hoyos para efectivizar su huida; y, la indiferencia a las reglas sociales de convivencia.

En cuanto al imputado Paniagua Hoyos, consideró que al ser su primera condena y al darse los presupuestos del **art. 26 del Código Penal**, le correspondía el cumplimiento de la pena en forma **condicional**. Por consiguiente, estimo que ninguna de las consideraciones planteadas por los recurrentes pueden estimarse como arbitrarias o alejadas de las constancias de la causa.

Por lo tanto las penas impuestas por el Tribunal a los imputados fueron justas y equitativas de conformidad con las circunstancias agravantes y atenuantes antes analizadas, por lo que corresponde el rechazo de tal agravio.

Conforme a todo lo señalado, puede concluirse que no se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio y que lo llevaron a tener por acreditada la realización del hecho y la vinculación de los acusados en su comisión, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Advierto, que los recurrentes pretenden una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio.

En efecto, los agravios referidos por los recurrentes deben ser rechazados, en tanto se encuentra acreditada la coautoría de Flores Rojo y Paniagua Hoyos en el hecho investigado en autos.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Rodolfo Paniagua Hoyos y de Fabián Alejandro Flores Rojo. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Palermo y Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Rodolfo Paniagua Hoyos.
- 2.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Fabián Alejandro Flores Rojo.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Susana Aguilera, Lucas Ruvira Dawson y Agustín Gattas, para su oportunidad.
- 4.- Tener presente las reservas federales efectuadas.
- 5.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

18- BELMAR BELMAR. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	ANA	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcBelmar.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP. Arts. 2, 287, 288. 439 bis, ter y quater y 409 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego no apta. Flagrancia. Sana crítica racional. Principio de unidad de la prueba. In dubio pro reo. Absolución.

Summa:

El **Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia** absolvió a los señalados del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo de ningún modo puede tenerse por acreditada, pese a tener por acreditada la materialidad del hecho, por no tener por acreditada la autoría de manera inequívoca.

La **Fiscalía de Flagrancia** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP), alegando que la resolución carece de motivación y fundamentación lógicas.

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5.412, pronunciada por el Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia (hoy JPC)-1° CJ.

Precedentes relacionados

Valoración de la prueba

- Camargo Garde. 28-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=9>
- Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>
- Agüero. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcAguero.pdf
- Navarro. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcNLL.pdf
- Cabral. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Vergara. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Moyano López. 04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Carmona Rodríguez. 06-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>

Parágrafos destacados

“En suma, considero que el recurso promovido, con la atribución de vicios en la motivación de la sentencia, aparece basado en afirmaciones propias y en razonamientos que fragmentan, por su selección, la valoración de los elementos probatorios de la causa, de tal manera que la impugnación resulta una discrepancia con la labor intelectual realizada por el tribunal de mérito en la fundamentación del fallo.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(D.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04279479-6/1((011421-68920)) FC/ BELMAR BELMAR CHRISTOPHER ANDRES Y APARICIO FLORES ROBERTO ALEXIS P/ ROBO AGRAVADO (68920) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104351931*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04279479-6/1, caratulada "F. C/ BELMAR BELMAR, CHRISTOPHER ANDRÉS Y APARICIO FLORES, ROBERTO ALEXIS P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia interpone recurso de casación (fs. 298/305 vta.) contra la Sentencia N° 5.412 (fs. 287 y vta.) y sus fundamentos (fs. 289/293), mediante la cual se resolvió absolver a Roberto Alexis Aparicio Flores y a Christopher Andrés Belmar Belmar del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo de ningún modo puede tenerse por acreditada (arts. 166 inc. 2, 3° párrafo del Código Penal) en autos N° P-68.920/16.

El pronunciamiento fue dictado por el entonces Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal a quo tuvo por acreditada la materialidad del hecho endilgado, pero sin embargo no pudo tener por inequívocamente acreditada la autoría/responsabilidad penal de Roberto Alexis **Aparicio Flores y Christopher Andrés Belmar Belmar** en aquel suceso.

Así el tribunal de sentencia tuvo por acreditado que el día y hora de los hechos -11 de julio de 2016, aproximadamente a las 14hs-, dos sujetos ingresaron al local comercial «Carnes Mignani» donde trabajaban Luis César Vega, Nicolás Vega y Joaquín Vega. Uno de los sujetos mediante el empleo de un arma de fuego, se dirigió directamente hacia Joaquín Vega que se encontraba la caja registradora, y le exigió la entrega del dinero. También se llevaron un teléfono celular propiedad de Joaquín Vega, y dos o tres bolsas de carnes. Antes de salir uno de los sujetos agredió a Nicolas arrojándole una patada y luego ambos se retiraron en una motocicleta de 150 c.c que tenía alguna parte de color rojo. Sin embargo, conforme la prueba rendida la a quo estimó que no existían suficientes elementos para considerar que aquellos sujetos eran los acusados en autos.

Para así decidir el tribunal de sentencia tomó en consideración, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Luis César Vega, de Nicolás Luis Vega, de Joaquín Cesar Vega, de William Matías Barrera Nalin, de Eduardo Adrián Ferrer Rovira, de Claudia Ivana Agüero y de Walter Josue Olivera y, el acta de procedimiento.

2.- Recurso de casación

La impugnación del representante del **Ministerio Público Fiscal** se enmarca en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP. Entiende que la resolución carece de la motivación y fundamentación lógica que exige el Código Procesal Penal, al no haber valorado toda la prueba regularmente incorporada al proceso de

conformidad a los principios de la sana crítica racional. Es decir, que la sentencia partió de una arbitraria, insuficiente y parcializada valoración de la prueba rendida en autos.

En primer lugar, sostiene que conforme surge del acta de procedimiento de fs. 1 el sujeto de campera roja, que se encontraba al lado de la motocicleta, arrojó un bulto en el interior de una vivienda al advertir la presencia de personal policial.

Por lo que considera que esa circunstancia evidenciaba la intención de los imputados de ocultar el contenido de la bolsa. Luego, afirma que la circunstancia de que personal policial no individualizara la mencionada vivienda, así como tampoco, al prestar declaración testimonial en el debate oral no mencionaran tal circunstancia, consistió, a su entender, en un negligente accionar policial, pero que de ninguna manera desvirtúa los extremos invocados para demostrar la participación punible de los imputados en el hecho, tal como sostuvo el tribunal sentenciante.

Asimismo, el representante del Ministerio Público refiere que personal policial prestó declaración testimonial un año y tres meses después del hecho, por lo que es probable que no se acordaran con precisión del evento.

Por tanto, sus declaraciones debieron ser analizadas en forma conjunta con lo plasmado en el acta de procedimiento ratificada por ellos.

En segundo lugar, hace mención que la a quo le pareció irrazonable que en tan pocos minutos los imputados hayan podido transitar cuatro o cinco cuadras, deshacerse del arma de fuego y de las bolsas de carne, para luego quedarse tranquilos conversando al pie de la moto.

Al respecto el representante del Ministerio Público manifiesta que esa conclusión resulta falaz atento a que las víctimas, Joaquín y Nicolás Vega, fueron contestes en sus declaraciones, vertidas durante la instrucción penal preparatoria y durante el debate, en afirmar que los autores del hecho se fugaron a bordo de una motocicleta y hacia una determinada dirección, resultando ambas situaciones coincidentes con lo plasmado en el croquis ilustrativo de fs. 3.

Por lo tanto considera que es posible que en ese lapso de tiempo y a esa distancia se hayan desprendido del arma utilizada en el robo, como así también de los bienes sustraídos.

En tercer lugar, sostiene que el tribunal de juicio expresó que la declaración del imputado Aparicio, si bien no fue directamente corroborada por otra persona, sí se infirió de lo declarado por sus compañeros de trabajo, Claudia Agüero y Walter Olivera, al manifestar que el horario de salida era aproximadamente a las 15hs.

Sin embargo, el representante del Ministerio Público estima que esta circunstancia en nada invalidó que ambos imputados hayan participado del hecho, atento a que los testigos no hicieron referencia a que Aparicio haya salido el día de los hechos de trabajar a las 15hs., es decir, una hora y cuarto después del suceso.

En cuarto y último lugar, hizo referencia a que la sentenciante destacó que el testigo Joaquín Vega expresó que habían dos sujetos, uno más alto que llevaba una campera roja y otro más bajo que vestía una campera negra, sin embargo manifestó que quedó demostrado que Roberto Aparicio era el más alto y llevaba campera negra al momento de su aprehensión, y que Christopher Belmar era más bajo y vestía campera roja.

En efecto, el representante del Ministerio Público considera que el a quo para sostener tal hipótesis se basó solamente en la declaración del testigo Vega -rendida en el debate-, la que fue realizada quince meses después del hecho, por lo tanto puede tener falsedades involuntarias y propias del transcurso del tiempo.

Sin embargo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que Joaquín Vega, a fs. 10, manifestó que el sujeto más alto vestía campera negra, mientras que el más bajo vestía campera roja, lo que resultó coincidente con las características de los imputados al momento del hecho.

Finalmente, destaca que el casco negro que tenía colocado Aparicio al momento de ser aprehendido no tenía visera, lo que resultó coincidente con lo declarado por el testigo Joaquín Vega a fs. 10 y con la fotografía del secuestro de fs. 67.

Sin embargo, esto no resultó invalidado por la deposición del testigo referenciado al afirmar que el sujeto de campera negra llevaba casco rojo y el de campera roja usaba casco negro, toda vez que se los pueden haber intercambiado durante la fuga, más aún si consideramos que Belmar al momento de la aprehensión tenía un casco rojo en su mano.

Solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida y se dicte un nuevo pronunciamiento.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el fiscal de flagrancia contra la sentencia de fs. 287 y vta. y fundamentos de fs. 289/293, emanada del Primer Juzgado de Flagrancia. Se remite a lo expresado oportunamente por el representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso de casación, argumentos que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Así, luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba la sentenciante. Veamos.

En el caso, el tribunal de sentencia valoró la prueba incorporada por lectura y los testimonios brindados en el debate mediante los principios de la sana crítica racional.

Estos elementos probatorios le permitieron concluir con certeza que no se encontraba acreditada la participación de los imputados Aparicio Flores y Belmar Belmar en el hecho investigado, por lo que imperaba a su favor el principio in dubio pro reo (art. 2 del CPP).

En consecuencia, declaró la absolució de ambos.

En primer lugar, surge de los fundamentos que durante el debate oral los efectivos policiales en ningún momento hicieron referencia a que los imputados habían arrojado un bulto en el interior de una vivienda, tal como lo consignaron en el acta de procedimiento, así como tampoco la individualizaron, ni solicitaron una orden de allanamiento a fin de recuperar el «bulto» supuestamente arrojado.

Por tanto estimo, en forma coincidente con la sentenciante, que esa circunstancia -arrojar un bulto en el interior de una vivienda- no podía no ser recordada por personal policial, por ser un aspecto que resultaba indispensable para vincular a los aprehendidos con el hecho investigado, ello en consideración de las particulares circunstancias de la causa.

Por ende no le asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal al sostener que tal circunstancia se debió a un «negligente accionar policial», y a que los efectivos policiales prestaron declaración testimonial un año y tres meses después del hecho.

En segundo lugar, debe ser rechazado el agravio referido a que los aprehendidos pudieron, en pocos minutos y en corta distancia, desprenderse del arma utilizada y de los bienes sustraídos.

Al respecto, estimo acertada la apreciación de la sentenciante quien, luego de un análisis de los elementos de prueba, sostuvo que desde las reglas de la lógica y del sentido común, no parecía razonable que en tan poco tiempo -aproximadamente dos minutos según los dichos del efectivo Barrera-, los imputados hayan podido transitar cuatro o cinco cuadras, deshacerse del arma de fuego y de las bolsas de carne, para luego quedarse tranquilos conversando al lado de la moto.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los imputados al ver la presencia de personal policial no se dieron a la fuga, ni se opusieron al palpado, así como tampoco a su traslado a la comisaría. Por consiguiente, comparto la conclusión de la a quo en cuanto que esa actitud no es lógicamente la que adoptarían dos personas que acaban de cometer un hecho ilícito como el investigado.

En tercer lugar, si bien es cierto que la versión del imputado Belmar Belmar no fue corroborada directamente por otra persona, estimo, en forma coincidente con la sentenciante, que los testigos de concepto, Claudia Agüero y Walter Olivera, reforzaron la hipótesis defensiva, al señalar que el horario de salida laboral era aproximadamente a las 15hs.

Por lo que propicio el rechazo de este agravio, atento a que no existe en la causa prueba que acredite que las declaraciones de ambos testigos sean falaces.

En cuarto y último lugar, corresponde expedirse respecto al agravio referido a que la a quo, para sostener la hipótesis absolutoria, se basó solamente en la declaración de Joaquín Vega rendida en el debate oral, la que resultó contraria a la prestada durante la instrucción.

Es de resaltar que no surge del soporte audiovisual que el fiscal de instrucción durante el debate le advirtiera al testigo Joaquín Vega las contradicciones existentes en cuanto a la vestimenta de los imputados, como tampoco el color de los cascos que cada uno llevaba.

Por lo que corresponde rechazar el mencionado agravio, atento a que en esa oportunidad el fiscal tuvo la posibilidad de advertir esas contradicciones, a fin de que el testigo aclarara, y no lo hizo.

En suma, considero que el recurso promovido, con la atribución de vicios en la motivación de la sentencia, aparece basado en afirmaciones propias y en razonamientos que fragmentan, por su selección, la valoración de los elementos probatorios de la causa, de tal manera que la impugnación resulta una discrepancia con la labor intelectual realizada por el tribunal de mérito en la fundamentación del fallo.

Por todo lo expuesto, y oído el Sr. Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia. ASI VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia.
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PARLERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

19- QUIROGA RODRIGUEZ. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcQuiroga.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP. Arts. 2, 287, 288. 439 bis, ter y quater y 409 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Sana crítica racional. Flagrancia. Absolución.

Summa:

El **Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia** absolvió al señalado por el beneficio de la duda del delito de robo agravado (art. 166, inc. 2°, 1° párrafo del Código Penal).

La **Fiscalía de Flagrancia** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP) alegando que la sentencia recurrida carece de fundamentación lógica al no haber valorado, conforme los principios de la sana crítica racional, la totalidad de la prueba.

El **Procurador General** sostiene el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5.663, pronunciada por el Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia (hoy JPC)-1° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- Ver precedentes relacionados consignados en el fallo Fc/ BELMAR BELMAR (05-06-19).
https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcBelmar.pdf
- Rodríguez Romero. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>
- Lobato Barroso. 19-08-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>

b-CNCCC

- Vallejos y Yapura. 15- 03- 19:
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/04/fallos47539.pdf>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(D.F.)

Fallo.

CUIJ: 13-04308618-3/1((011421-125929)) F. C/ QUIROGA RODRIGUEZ FRANCO HECTOR P/ ROBO AGRAVADO - ART. 166 INC.2 1° PARRAFO 1° SUPUESTO (125929) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104382632*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04308618-3/1, caratulada "FC/ QUIROGA RODRIGUEZ, FRANCO HECTOR P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia interpone recurso de casación (fs. 157/163) contra la Sentencia N° 5663 (fs. 743 y vta.) y sus fundamentos (fs. 746/747 vta.), mediante la cual se absolvió por el beneficio de la duda a Franco Héctor Quiroga Rodríguez del delito de robo agravado (art. 166, inciso 2°, 1° párrafo del Código Penal) en autos N° P125929/17.

El pronunciamiento fue dictado por el Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal a quo no tuvo por acreditado la materialidad del hecho endilgado, así como tampoco la participación punible del encartado, contenida en el requerimiento de elevación a juicio, el que establecía que: «El día 05 de setiembre de 2017, siendo las 11:00 hs aproximadamente, en la intersección de calles Florida y Dorrego de Guaymallén, el encartado posteriormente individualizado como Franco Héctor Quiroga Rodríguez, en compañía de un sujeto no individualizado ni habido aún, abordaron a Raúl José Domínguez Aguado y posteriormente el sujeto no habido le exhibió a ese último una punta metálica y le pidió que le entregara el celular, al tiempo que junto a Quiroga Rodríguez le daban golpes de puño y cachetadas, motivo por el cual la víctima les entregó un teléfono celular marca Samsung J3 o Core 2, color negro con funda de goma color negro, con N° de línea 0261-154299288, activado en la empresa Movistar a nombre del mismo y trescientos pesos en efectivo.

Acto seguido los encartados se retiraron del lugar por calle Florida hacia el oeste, momento en que fueron vistos por testigos, quienes los persiguieron por esa arteria por espacio de dos cuadras, para luego girar hacia el norte por calle Sobremonte, donde luego de una cuadra más y al llegar a la intersección con calle 25 de Mayo les dieron alcance y lograron la aprehensión de Quiroga Rodríguez dando aviso de inmediato al CEO, que desplazó una movilidad policial al lugar, cuyos efectivos al arribar procedieron a trasladar al encausado a la Oficina Fiscal N° 8».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de la víctima Raúl José Domínguez, de los testigos Walter Omar Hidalgo Angella y de Fernando Gastón Cantos Carrizo, y de personal policial José Lara y Juan López.

2.- Recurso de casación

El representante del Ministerio Público Fiscal funda su recurso en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del C.P.P. Sostiene que la sentencia recurrida carece de fundamentación lógica al no haber valorado, de conformidad con los principios de la sana crítica racional, la totalidad de las pruebas regularmente incorporadas al proceso, como así tampoco la íntima relación existente entre ellas.

Destaca que el a quo incurrió en un razonamiento ilógico basado en una apreciación subjetiva del plexo probatorio. Cuestiona que no valoró correctamente los dichos de la víctima y que no tuvo en cuenta las deposiciones brindadas por los testigos oculares del hecho. Además, señala que no conjugó dichos medios probatorios con las coincidentes características físicas y de vestimenta del imputado, quien fue aprehendido por los testigos que lo siguieron en su camino de fuga.

Es decir, refiere que las características morfológicas y de vestimenta de Quiroga Rodríguez coincidían con las del autor del hecho, que fueron aportadas por la víctima y por los testigos Hidalgo y Cantos. Destaca que el tribunal de sentencia se centró en la insignificante discordancia con respecto a la edad de la víctima, atento a que los testigos oculares referenciaron que se trataba de una persona mayor.

Estima que si bien es cierto que la víctima tenía 37 años, aparentaba ser una persona mayor de edad. Argumenta que la sentencia recurrida sólo se basa en un supuesto y aparente estado de duda y su consecuente interpretación in bonam parte respecto de Quiroga Rodríguez, para concluir que su accionar no puede ser subsumido en el tipo consagrado en el artículo 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del CP.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Flagrancia contra la sentencia de fs. 743 y vta. y fundamentos de fs. 746/747 vta. emanada del Primer Juzgado de Flagrancia. Se remite a lo expresado oportunamente por el representante del Ministerio Público Fiscal en su recurso de casación, argumentos que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución de caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. Así, luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba la sentenciante. Veamos. En el caso, el tribunal de sentencia valoró la prueba incorporada por lectura y los testimonios brindados en el debate mediante los principios de la sana crítica racional.

Ahora bien, surge de los fundamentos de la sentencia cuestionada que durante el curso del debate la víctima, Raúl Domínguez, desligó totalmente al imputado Quiroga Rodríguez de participación alguna en el ilícito investigado, atento a que manifestó que sólo lo abordó el «sujeto morochito», que fue quien le mostró una «punta» y le sustrajo el teléfono celular y treinta pesos en efectivo. Aclaró además que personal policial aprehendió a su compañero, es decir, al sujeto que no le había robado nada, siendo éste el «sujeto gringuito» o «rubiecito».

Por ello entiendo acertado el razonamiento de la a quo cuando afirmó que las probanzas producidas en el debate, no permiten esclarecer la posible participación del encartado, por lo que impera a su favor el principio del in dubio pro reo (art. 2 del CP).

En función de ello el agravio referido a la falta de valoración de los dichos de la víctima debe ser rechazado. Asimismo, resulta improcedente el argumento referido a la falta de valoración del testimonio de Hidalgo y de Cantos, atento a que en los fundamentos del fallo consta su análisis por parte de la juzgadora.

Así, debe señalarse que, conforme surge del debate oral, ambos fueron testigos oculares de otro suceso criminoso, atento a que afirmaron que la víctima del hecho por ellos percibido era un sujeto mayor de 60 años, canoso y delgado, indicando en todo momento que se trataba de un «abuelito», siendo que la víctima de autos tenía 37 años de edad.

Esto es adecuadamente explicado por la jueza de sentencia cuando señaló que en la presente causa se involucran dos hechos distintos con los mismos testigos, no pudiendo identificar a qué hecho hacen mención, existiendo la duda acerca de si en el hecho denunciado el imputado Quiroga Rodríguez habría tenido alguna participación.

Por último, se debe destacar que no debe prosperar el argumento referido por el recurrente en cuanto a que las características morfológicas y de vestimenta del imputado Quiroga Rodríguez coincidían con las del autor del hecho, aportadas por la víctima y por los testigos Hidalgo y Cantos.

Como expliqué anteriormente, por un lado, si bien es cierto que el imputado se encontraba en el lugar del hecho, fue desligado totalmente de responsabilidad por la propia víctima. Por otro lado, Hidalgo y Cantos fueron testigos de un hecho diferente al investigado, en el que la víctima fue una persona distinta no reconocida.

Estos elementos probatorios le permitieron a la a quo declarar la absolución del imputado Quiroga Rodríguez. De esta forma, no se constata en la aludida motivación ningún vicio que la invalide, tal como lo expresa el recurrente.

En suma, considero que el recurso promovido, con la atribución de vicios en la motivación de la sentencia, aparece basado en afirmaciones propias y en razonamientos que fragmentan, por su selección, la valoración de los elementos probatorios de la causa, de tal manera que la impugnación resulta una discrepancia con la labor intelectual realizada por el tribunal de mérito en la fundamentación del fallo.

En función de ello puede afirmarse que la valoración del cuadro probatorio no ha sido rebatido de manera suficiente por el recurrente, en tanto no se encuentra acreditada la coautoría de Quiroga Rodríguez en el hecho investigado en autos. Por todo lo expuesto, y oído el señor Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 157/163 vta. por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia.

2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

20- FERREYRA ORDOÑEZ. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	-	PCC	-	EGT	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_Ferreyra.pdf

Lex: Art. 167 inc. 2° y 42°, 183 y 150, 55, 26 del CP.

Vox: Robo agravado. Poblado y en banda. Tentativa. Daño. Violación de domicilio. Concurso real. Coautoría. Condena condicional.

Summa:

El **TPC N° 1** condenó a los señalados a la pena de **un año de prisión con los beneficios de la ejecución condicional** por el delito de daño en concurso real y violación de domicilio en concurso real antes calificado como robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) porque el a quo no creyó en la versión de sus pupilos, sin explicar el motivo de ello ni expedirse sobre el resultado negativo de la requisita realizada al momento de la aprehensión y el rastillaje de un elemento que dañe la tela perimetral. Asimismo se agravia porque el sentenciante se basó en deducciones, suposiciones, sin tener pruebas concretas que aseguren la autoría de sus pupilos, apartándose de la sana crítica racional y estima que hay una duda insuperable respecto a la autoría de sus pupilos, motivo por el que debieron ser absueltos.

El **Procurador General** entiende que el recurso no puede prosperar ya que el a quo contó con elementos para lograr la certeza requerida para condenar y la sentencia está debidamente fundada.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la Sentencia N° 89, remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 89 (31-07-18), pronunciada por el TPC N°1°- 1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Funes Guerra (L.S. 377-190)
- “Mopardo Dupox” CUIJ 13-04159413-0/1 (LS 556-078)
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- L.S.382-65 y LS 316-170.

Parágrafos destacados

“[...] ha resultado vulnerada una garantía constitucional indisponible, lo que provoca la nulidad absoluta de la sentencia resistida encontrándose esta Sala habilitada para declararlo, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 377–190 **Funes Guerra**, entre otros)”.

En efecto, el a quo ha tenido durante el desarrollo del debate una intervención contraria a la que le impone el principio acusatorio en vigencia, tema que este Cuerpo ha abordado ampliamente en el expediente CUIJ 13-04159413-0/1 «**Fc/ Mopardo Dupox**», en particular, en los párrafos relativos a la

función de los jueces en el debate oral, y recientemente en la causa cuij 13-04382197-5/1 «**Flores Gonzalez**».

“ [...] De la audiencia surge que el juzgador desempeñó un rol muy activo, tanto en la formulación de preguntas a los imputados y testigos, como en comentarios impropios de su función durante el desarrollo del acto procesal mencionado. A modo ilustrativo, es pertinente señalar alguno de esos episodios, entre muchos otros que se verifican en el sentido referido. [...]”

“[...]el juzgador hizo conocer sin tapujos a los miembros del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa presentes durante el acto en cuestión, y antes de dictar sentencia, su convicción cimentada a través de los años –tal como relató a viva voz–, de que la versión que dieron los justiciables no era verídica, en patente infracción de su deber de imparcialidad, como garantía fundamental del debido proceso legal. Resta decir que no obstante que este defecto, por su envergadura, torna abstracto el tratamiento del resto de los agravios esgrimidos, le asiste razón a la letrada recurrente, en tanto afirma que no se motivó con sujeción a derecho, la razón por la que el sentenciante privó de credibilidad a lo declarado por sus asistidos (L.S. 382-65, 316-170, entre otros).

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(A.H.)

Fallo.

CUIJ: 13-04411231-5/1((018601-4242)) F. C/ FERREYRA ORDOÑEZ SEBASTIAN DAVID, FERREYRA ORDOÑEZ MIGUEL ANGEL Y FERREYRA ORDOÑEZ FERNANDO ESTEBAN P/ ROBO AGRAVADO EN POBLADO Y EN BANDA EN GRADO DE TENTATIVA (4242/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104491076*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04411231-5/1 caratulada “F. C/ FERREYRA ORDOÑEZ, SEBASTIÁN Y OT. P/ ROBO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de Sebastián David Ferreyra Salguero, Fernando Esteban Ferreyra Ordóñez y Miguel Angel Ferreyra Ordoñez interpone recurso de casación (fs. 182/186) contra la Sentencia N° 89 en tanto condena a los nombrados a la pena de un año de prisión con los beneficios de la ejecución condicional como autores responsables del delito de daño en concurso real con violación de domicilio en concurso real, antes calificado como robo agravado por ser en poblado y en banda en grado de tentativa (arts. 183 y 150, 55, 26 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 31 de enero de 2017 a las 00:40 horas aproximadamente, dos de los imputados accedieron al lote donde está ubicada una casa en construcción, en Zapiola 615, manzana B casa 10 del Barrio Lar de Drummond de Luján, tras cortar y romper la tela que lo resguardaba, mientras otro de ellos quedaba afuera, momento en el que fueron sorprendidos por el personal de seguridad del barrio, dándose a la fuga hacia calle Zapiola, donde fueron aprehendidos mientras caminaban por personal de UEP Luján, alertados por el llamado al 911 que hicieron los guardias de seguridad.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa oficial porque el a quo no creyó en la versión de sus pupilos, sin explicar el motivo de ello ni expedirse sobre del resultado negativo de la requisita realizada al momento de la aprehensión y el rastillaje de un elemento que dañe la tela perimetral. En particular, aduce que los testigos –agentes de seguridad del predio– no recordaban las características físicas de los presuntos autores, y que las actas de procedimiento de fs. 16 no mencionan la existencia de cámaras de video vigilancia que estuvieran filmando en San Martín y Zapiola, prueba que el juzgador considera vital. Se agravia asimismo porque el sentenciante se basó en deducciones, suposiciones, sin tener pruebas concretas que aseguren la autoría de sus pupilos, apartándose de la sana crítica racional. Refiere que el delito de daño y violación de domicilio no admite la figura del «campana», no obstante lo cual el a quo mencionó que uno actuó como tal y los condenó a los tres como autores, mientras que sólo dos habrían sido vistos ingresar a la propiedad.

Agrega que porque el sentenciante se basó en deducciones, suposiciones, sin tener pruebas concretas que aseguren la autoría de sus pupilos, apartándose de la sana crítica racional, pudiendo ser que sólo uno haya cortado la tela y no los tres.

Refiere que el personal de seguridad dijo que la tela estaba rota sin observar el preciso momento en que fue dañada, por lo que está la posibilidad de que haya sido dañada con anterioridad, cuestionando que en la zona un día de calor no hubieran más transeúntes circulando. Estima que hay una duda insuperable respecto a la autoría de sus pupilos, motivo por el que debieron ser absueltos.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar porque el a quo contó con elementos para lograr la certeza requerida para condenar y la sentencia está debidamente fundada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser acogido.

Ello por cuanto de la revisión practicada en virtud del recurso de casación en trato, mediante la reproducción del video de las audiencias llevadas a cabo, surge que ha resultado vulnerada una garantía constitucional indisponible, lo que provoca la nulidad absoluta de la sentencia resistida, encontrándose esta Sala habilitada para declararlo, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 377–190 Funes Guerra, entre otros).

En efecto, el a quo ha tenido durante el desarrollo del debate una intervención contraria a la que le impone el principio acusatorio en vigencia, tema que este Cuerpo ha abordado ampliamente en el expediente CUIJ 13-04159413-0/1 «Fc/ Mopardo Dupox», en particular, en los párrafos relativos a la función de los jueces en el debate oral, y recientemente en la causa cuij 13-04382197-5/1 «Flores Gonzalez».

En esta ocasión dije que «[...] que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso». «La concepción del juez como imparcial, así, supone sustraerle la posibilidad de hacer las tareas propias y exclusivas de las partes -afirmar, alegar, impugnar, etc-, de modo tal que tiene vedada la posibilidad de reemplazarlas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate». «Ahora bien, aplicadas esas consideraciones generales[...] a la posibilidad que el Código Procesal Penal le confiere al juez de formular preguntas durante el debate, queda claro que el artículo 399 de ese cuerpo legal, en sintonía con los lineamientos acusatorios del sistema, no pone en igualdad de condiciones a las partes que al juez al momento de ejercer esa facultad. Así, mientras “el fiscal, las partes y los defensores” pueden “formular preguntas a las partes, peritos, testigos, e intérpretes” (art. 399 primer párrafo CPP), “el presidente y los vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración” (art. 399 segundo párrafo CPP)». «Tanto

sistemática como gramaticalmente la norma nos indica que el juez y las partes no están posicionadas del mismo modo frente al conflicto penal. Mientras estas últimas acceden a él de manera activa, con una conducta tendiente a esclarecer los hechos, el primero lo hace de manera pasiva, recibiendo la información provista por aquellas para luego decidir de manera alejada al asunto.

La posibilidad de mezclar ambos posicionamientos -activo y pasivo frente al conflicto es lo que conduciría a la pérdida de la imparcialidad del juzgador, pues la actividad investigación supone de por sí una posición subjetiva frente al suceso, mientras que la de juzgar tiene pretensiones de objetividad, por lo que ellas son incompatibles entre sí». «La facultad que la norma concede a los jueces, así, debe entenderse en el sentido de que ellos pueden formular preguntas a los meros fines de aclarar el sentido de los dichos ya proferidos por el testigo, es decir, para una mejor comprensión de la declaración, mas no para indagar sobre puntos no abordados por aquél. Veamos si esto se ha respetado en el debate aquí tratado[...]».

De la audiencia surge que el juzgador desempeñó un rol muy activo, tanto en la formulación de preguntas a los imputados y testigos, como en comentarios impropios de su función durante el desarrollo del acto procesal mencionado. A modo ilustrativo, es pertinente señalar alguno de esos episodios, entre muchos otros que se verifican en el sentido referido.

Así, durante el testimonio del auxiliar 1° Romero el juzgador preguntó, antes de darle la palabra al fiscal (1:00:54): «¿Detuvieron a tres personas de noche?» (0:53:06), «¿usted era el chofer?» (0:53:55), «¿el CEO les comunica?» (0:54:17 segundos), «¿y qué pasó?» (0:55:06), «¿calle Zapiola no tiene la misma cantidad de circulación que calle San Martín?» (0:59:40), interrogándolo asimismo sobre si habían visto otro grupo de tres personas (0:59:56). A su vez, cuando el imputado Sebastián Ferreyra declaró que debió dejar el vehículo Fiat Uno en el que se dirigía con sus hermanos a jugar al fútbol, en las inmediaciones del lugar donde acaecieron los hechos, porque le aumentó la temperatura, el juez le preguntó sobre la batería del automotor, ya que los policías refirieron que los imputados les dijeron al aprehenderlos, que el auto había quedado allí porque debido a una falla en la batería, no arrancó.

El encausado expuso entonces que no habían hablado nunca de batería frente a los policías, porque lo que en realidad había sucedido –y les comunicaron a esos funcionarios al ser interceptados– era que la temperatura del vehículo había subido, y que por esa razón no podían continuar la marcha en él. Esta justificación dio lugar a que el a quo lo interrogara sobre si lo de la batería era un invento de los dos policías: «...¿se les ocurrió a los dos policías? es gracioso que los dos digan lo mismo» (1:38:26 y siguientes). También le requirió el juzgador que respondiera quién le iba a arreglar el auto, y «¿dónde vive usted?» (1:39:22), para luego espetarle a viva voz, ante la reiteración del declarante sobre que el auto levantaba temperatura: «[...] Señor, una hora y media después ningún auto tiene la temperatura levantada, ninguno, y usted dice que sí [...] voy a dejar constancia de eso» (1:40:13 y siguientes), solicitándole que le dijera cuál de los dos oficiales había constatado la temperatura del vehículo, repitiéndole «[...] que los dos dijeron otra cosa» (1:41:29). A continuación, entró a la sala para deponer el encausado Miguel Ángel Ferreyra, a quien el juzgador le preguntó qué tenía el auto y si vivía junto con su hermano o en distinto lugar (1:47:21), para decirle en otro tramo de su declaración: «usted escuchó que los dos policías dijeron que no pasó nadie ¿lo escuchó?» (1:52:39). Asimismo, quiso saber el a quo si la cancha a la que habían ido a jugar al fútbol tenía baños y si habían tomado agua de la canilla (1:59:32), a lo que el imputado dijo «No, nos tomamos una gaseosas». «¿De plástico?» preguntó el juez. «No, de vidrio» expresó el imputado (1:59:50).

Acto seguido compareció el imputado Esteban Ferreyra, quien fue requerido por el juzgador para que explicara qué tenía el auto (2:08), y si había escuchado durante la audiencia, que los dos policías dijeron

que el desperfecto que impedía transitar en él era la batería, para a continuación decirle «¿cómo puede ser que ellos relaten lo mismo[...]» y no que venían de jugar a la pelota? (2:16:55), para inquirirle «¿y lo de la batería? ¿el policía de dónde puede haber sacado lo de la batería?» (2:17:47), preguntas las reseñadas por demás improcedentes, de acuerdo a lo transcrito en los párrafos precedentes y, como se verá, destacada doctrina.

De esta forma se ha dicho que una actuación de esas características implicaría una vuelta a un sistema de tipo inquisitivo, en el cual el juez tenía una actividad oficiosa en la que ocupaba el rol de juez y acusador al mismo tiempo, y por ende él mismo buscaba la verdad real, llegando a creer que sólo era factible encontrarla encargándose el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de la acusación (**Alvarado Velloso, Adolfo y Alvarado, Mariana, «Textos de Teoría General del Proceso» en Los sistemas de enjuiciamiento judicial, Ed. Astrea, 2005, tomo II, p. 136/137, citado en el precedente «Mopardo Dupox»**).

A esto se suma que el sentenciante en un momento de la audiencia, les comentó a la defensora y al fiscal que desde que él era juez de instrucción, tenía su propia teoría para evitar el delito, forjada a partir de que todos los detenidos aducían que cuando estaban en un kiosco tomando una «birra», a uno se le ocurría proponer «¿vamos a chorear?», e «íbamos a chorear» (1:28:12), así como que la otra «juntada» tras la cual surgía la idea de ir a robar, «es el partido de fútbol» (1:28:30), actividad que los imputados en el ejercicio de su defensa material, manifestaron que venían de desarrollar al ser detenidos.

O sea, el juzgador hizo conocer sin tapujos a los miembros del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa presentes durante el acto en cuestión, y antes de dictar sentencia, su convicción cimentada a través de los años –tal como relató a viva voz–, de que la versión que dieron los justiciables no era verídica, en patente infracción de su deber de imparcialidad, como garantía fundamental del debido proceso legal.

Resta decir que no obstante que este defecto, por su envergadura, torna abstracto el tratamiento del resto de los agravios esgrimidos, le asiste razón a la letrada recurrente, en tanto afirma que no se motivó con sujeción a derecho, la razón por la que el sentenciante privó de credibilidad a lo declarado por sus asistidos (L.S. 382-65, 316-170, entre otros). Por lo tanto, y oído el Señor Procurador corresponde anular el debate y la sentencia impugnada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 182/186 y, en consecuencia, anular el debate y la Sentencia N° 89 (fs. 181 y vta.), debiéndose remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 182/186 por la defensa oficial de Sebastián David Ferreyra Salguero, Fernando Esteban Ferreyra Ordóñez y Miguel Angel Ferreyra Ordoñez.

2.- Anular la Sentencia N° 89 (fs.181 y vta.), debiéndose remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

21- SARMIENTO y ot.. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FS	-	ANA	-	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSarmiento.pdf

Lex: Arts. 166 inc. 2, 3° párrafo; 20 inc. c punto 1; 59 inc. 3°; 62 inc. 4°; 67, 2° párrafo, todos del CP. Art. 370 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Prescripción. Inhabilitación. Pena conjunta. Pena alternativa. Pena accesoria. Cómputo. Suspensión de la prescripción. Cargo público.

Summa:

La **Excelentísima Quinta Cámara del Crimen** no hizo lugar al pedido de prescripción de la acción para la pena de inhabilitación que solicitó la Defensa Técnica del sindicado Sosa - a quien, en caso de resultar condenado, se podría aplicar en forma conjunta con la prisión-, no compartiendo el criterio de la Defensa Técnica que entendía que el plazo de prescripción debe computarse de manera independiente para cada tipo de pena.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Sosa Fernández.

Resolución cuestionada: Auto de la 5° C.C. (hoy TPC N° 1) - 1° CJ.

Precedentes citados:

a-SCJM

- Gutiérrez Farfán. 29-07-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/200729_FcGutierrez.pdf
- Mirabile Santillán.

b-CSJN

- L.S. 193-326. 18-09-42: <http://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomoPagina?tomold=193#page=487>
- L.S. 280-120.
- L.S. 285-053. 21-02-73:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=13348>

c-CNCP: Sala III

- Telis:
- “González Barrero”:

Doctrina citada:

D’Alessio Código Penal de la Nación - comentado y anotado

Parágrafos destacados

“...la resolución pronunciada por la entonces Quinta Cámara del Crimen – luego de correr vista a la acusación pública– rechazó el planteo de manera suficientemente fundada. Sostuvo que **la pena de inhabilitación** se encuentra prevista de forma **facultativa y accesoria** en este caso, en tanto el código penal prevé la posibilidad de imponer pena de inhabilitación en caso de que el delito cometido importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público. En base a ello, **la vigencia de la acción penal seguida contra el acusado debía calcularse en base a la pena principal**, esto es, prisión de tres a diez años...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Nanclares

(M.L.)

Fallo.

CUIJ: 13-03755635-6/1((010505-47253)) FYQUERELLANTEC/SARMIENTO HENRIQUE GERARDO RUBEN Y SOSA FERNANDEZ FERNANDO GABRIEL P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO (47253) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103788322*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03755635-6/1 caratulada “F. Y QUERELLANTE C/ SARMIENTO HENRIQUE, GERARDO RUBÉN Y SOSA FERNÁNDEZ, FERNANDO GABRIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO... (47253) S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JORGE H. NANCLARES.

La defensa de Fernando Gabriel Sosa Fernández formula recurso extraordinario de casación –v. fs. 639/649– contra el auto pronunciado por la entonces Quinta Cámara del Crimen que no hizo lugar al pedido de prescripción formulado previamente –fs. 635 y vta.–.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Antecedentes y resolución recurrida

a. A fs. 622/626 la **defensa de Fernando Sosa** formula incidente a efectos de instar la declaración de prescripción de la acción. Argumenta que, como el delito que se atribuye a su defendido prevé la **pena conjunta de prisión e inhabilitación**, el término de **prescripción de la acción debe computarse de manera independiente para cada tipo de pena** y, en el caso de la **pena de inhabilitación**, se encontraba cumplido. Para apoyar esa tesis, señala que el código penal no establece de qué forma deben computarse los términos de prescripción para delitos que prevén más de un tipo de pena, y que la interpretación propuesta es la que mejor se condice con los principios **in dubio pro reo, favor reis, ultima ratio y mínima intervención**.

b. Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, la fiscal interviniente considera que no corresponde hacer lugar al planteo defensivo en tanto **para el caso de penas conjuntas, alternativas o accesorias –tal como señala Andrés D’Alessio en su Código Penal de la Nación comentado y anotado– el plazo de prescripción no se rige por la pena de mayor gravedad, sino por la de mayor término de prescripción**. Este criterio, afirma, también fue seguido por la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en los precedentes “**Telis**” y “**González Barrero**”, con citas de Ricardo Núñez y Sebastián Soler.

Agrega, por último, que podría también resultar de aplicación la **suspensión de la prescripción** de la acción prevista para funcionarios públicos en el art. 67, segundo párrafo del CP.

c. En oportunidad de resolver el incidente la entonces Quinta Cámara del Crimen rechazó la petición defensiva, en base a dos razones.

En primer lugar, afirmó que la pena de inhabilitación temporal en el caso es facultativa para el juez: el art. 166 del CP en su inc. 2, tercer párrafo, refiere que la pena aplicable es de prisión de tres a diez años,

mientras que el art. **20 del CP en su inc. c, punto 1** es el que faculta al juez a imponer pena de **inhabilitación** en el caso de incompetencia y abuso en el ejercicio de un cargo o empleo público.

A su entender, la pena prevista para la figura básica y no la facultativa es la que debe establecer los términos de la prescripción.

En segundo lugar, como el estado procesal en curso no resultaba pertinente para determinar la pena que –llegado el caso– se aplicaría, consideró imposible en ese grado del proceso pronunciarse al respecto.

Por tales motivos, rechazó la petición.

2.- Recurso de casación

Contra esa decisión la defensa formula recurso extraordinario de casación, fundado en la existencia de vicios in iudicando, es decir, previstos por el art. 474 inc. 1° del CPP.

Afirma que la decisión interpreta y aplica erróneamente los arts. 59 inc. 3 y 62 del CP, y 370 del CPP. Sostiene que la prescripción de la acción penal es un hecho extintivo de la acción penal, no una excepción, y que constituye una cuestión previa de **orden público** que puede ser declarada en cualquier estado del proceso.

El juzgador, a su entender, ha aplicado normas de derecho sustancial a un instituto procesal al dar tratamiento de excepción a una cuestión de orden público. En otro sentido, señala que la prescripción no es un obstáculo para que prosiga la acción sino una condición de punibilidad, que no puede ser limitada ni regulada por una norma procesal.

En segundo lugar, señala que la interpretación efectuada por el juzgador no responde a pauta hermenéutica alguna. Afirma que la acción penal es comparable a un átomo, compuesto por distintos elementos que en el caso son las distintas penas previstas para el delito, cada una de las cuales tiene su propio régimen de prescripción y, consecuentemente, plazos independientes.

En definitiva, afirma que el delito tendría dos regímenes distintos de prescripción de la acción, uno para cada una de las penas que pueden aplicarse a su defendido.

En este sentido, a la acción penal que surgiría de la posible pena de inhabilitación a imponerse se aplicaría el término de prescripción de un año, conforme al art. 62 inc. 4 del CP, y se encontraría prescripta.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Corrida vista del recurso al titular del Ministerio Público Fiscal, se pronuncia por la admisión formal del recurso en tanto cumple con los requisitos de impugnabilidad subjetiva y objetiva, y por su rechazo en el fondo.

Para arribar a esta conclusión, sostiene que la naturaleza de la acción penal no ha sido puesta en tela de juicio, por lo cual los agravios al respecto son improcedentes. Agrega que el recurrente ha argumentado en relación al delito de lesiones culposas, que prevé las penas de forma conjunta, mientras que a su defendido se atribuye un **robo**.

Coincide con el juez de instancia previa en cuanto a que la **pena de inhabilitación, en el caso, es facultativa**, y que la prescripción de la acción se rige por la pena prevista para el delito que se atribuye al acusado, en el caso, robo agravado.

A su entender, **la acción penal es una sola por cada delito que se imputa y no es posible su división, debiendo aplicarse el plazo más extenso de las penas previstas en abstracto para determinar la prescripción.**

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto en consideración los motivos de agravio expuestos por el recurrente entiendo que el recurso articulado debe ser rechazado y, en consecuencia, corresponde confirmar el acto procesal impugnado, en base a las consideraciones que serán expuestas en lo que sigue.

a.- De forma preliminar corresponde señalar que el recurso no se encuentra satisfactoriamente fundado, pues no señala concretamente cuáles aspectos de la resolución configuran un supuesto de arbitrariedad sino que simplemente manifiesta su **desacuerdo con las conclusiones** a las que arribó el a quo.

Cabe recordar que, previo a cualquier consideración, debe examinarse en cada supuesto particular la concreta pertinencia de la admisión formal del recurso, dado que cuando el recurso introducido adolece de errores que lo hacen susceptible de rechazo formal –como ocurre en este caso–, ello puede declararse aún en este estadio (L.S. 193-326; 280-120; 285-053).

En efecto, es jurisprudencia constante de esta Sala Segunda que la admisión formal de un recurso extraordinario no imposibilita que este Cuerpo, al examinar los motivos de agravio que suscitan la impugnación extraordinaria, vuelva sobre los requisitos o presupuestos que hacen a la procedibilidad formal de ella –conf., por todos, “Gutiérrez Farfán”–.

En el caso que nos ocupa se observan inconsistencias en el recurso planteado por la defensa que imposibilitan la tarea revisora de este Tribunal y determinan la suerte adversa de la impugnación.

En primer lugar, no se advierte que los agravios expuestos tengan relación directa con los extremos del tipo penal atribuido a los imputados, esto es, robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse (art. 166, última parte del CP), delito que prevé pena de prisión y, de forma **accesoria y en virtud del art. 20 del CP**, pena de inhabilitación por tratarse el autor de un funcionario policial.

Por el contrario, la crítica se refiere al delito de lesiones culposas, que prevé los dos tipos de pena enunciados de manera **conjunta**, pero que no ha sido atribuido al recurrente ni a ninguno de los acusados en autos.

En segundo lugar, y si se toman en consideración los agravios pertinentes a la resolución pronunciada por el tribunal de instancia anterior –a pesar de la deficiencia técnica recursiva explicada–, se observa que la crítica intentada constituye una reiteración de los argumentos formulados al momento de solicitar la prescripción de la acción, ya contestados por el a quo, sin que el recurrente haya agregado consideraciones que rebatan esos argumentos.

En efecto, la defensa en una primera oportunidad planteó que existía una laguna en el Código Penal en cuanto a la **forma de computar el término de la prescripción de la acción cuando el delito que se imputa prevé más de un tipo de pena**.

Argumentó que pautas interpretativas como los principios in dubio pro reo, favor reis, ultima ratio y mínima intervención operarían como reglas de clausura y conducirían a independizar el plazo de prescripción de la acción para cada tipo de pena. Como consecuencia de ello la pena de inhabilitación que podría imponerse a su defendido se encontraría prescripta.

Por su parte, la resolución pronunciada por la entonces Quinta Cámara del Crimen – luego de correr vista a la acusación pública– rechazó el planteo de manera suficientemente fundada. Sostuvo que la pena de inhabilitación se encuentra prevista de forma facultativa y accesoria en este caso, en tanto el código penal prevé la posibilidad de imponer pena de inhabilitación en caso de que el delito cometido importe incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público. En base a ello, la vigencia de la acción

penal seguida contra el acusado debía calcularse en base a la pena principal, esto es, prisión de tres a diez años.

Más allá del acierto o el error de esta posición, la impugnación formulada por el recurrente no ha rebatido ninguna de las razones brindadas por el a quo. En su lugar, ha dedicado buena parte de su argumentación realizar consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción, a señalar que la misma constituye una cuestión de orden público, lo que implica que deba resolverse como cuestión previa, y finalmente a reiterar los argumentos esgrimidos al plantear el incidente.

De forma tal que la crítica introducida por el recurrente y mediante la cual pretende someter el caso a consideración de esta instancia se evidencia como una reiteración de lo planteado con anterioridad, lo cual ya ha sido suficientemente tratado por el a quo. No se advierte la expresión de agravios que discutan concretamente el razonamiento judicial, sino que los puntos que se identifican como cuestionables son idénticos a aquellos que motivaron, en su momento, el dictado de la resolución impugnada.

b.- A lo señalado, se entiende pertinente efectuar algunas consideraciones adicionales vinculadas a las particulares características del caso que nos ocupa.

En primer lugar, y sin perjuicio de la falta de constancias sobre la situación de revista actual del recurrente, se advierte que el hecho que se le atribuye fue cometido mientras era funcionario policial. Esta circunstancia, a tenor de lo dispuesto por el art. **67 segundo párrafo del CP** y conforme a la jurisprudencia de esta Sala, trae aparejada la **suspensión de la prescripción de la acción** mientras el acusado desempeñe el cargo público, cuestión ésta que no ha sido puesta en tela de juicio por el defensor y que resulta determinante al momento de expedirse sobre la vigencia de la acción (**conf. “Mirabile Santillán”**).

En un segundo orden, dada la notoria improcedencia del recurso planteado, el intento casatorio luce como una estrategia dilatoria por parte de la defensa dirigida a prolongar el proceso en aras de obtener la impunidad de su representado, lo que no escapa a este Tribunal.

A su vez, en relación con el carácter de funcionario policial que ostenta el acusado, merece recordarse la especial obligación que tienen los funcionarios judiciales de investigar, con la debida diligencia, las conductas ilícitas presuntamente cometidas por o con participación de agentes estatales, y de esclarecer tales hechos.

Finalmente, tampoco puede perderse de vista el hecho de que la persona investigada – policía al momento de los hechos– es aquella que previamente fue seleccionada por el Estado para ejercer la responsabilidad de prevenir y controlar la posible comisión de ilícitos.

Así las cosas, vale advertir respecto de la especial gravedad que supone el hecho de que funcionarios públicos policiales cometan ilícitos haciendo valer –explícita o implícitamente– las facultades y prerrogativas de las que gozan en función de tal pertenencia institucional –entre las que se encuentran, por ejemplo, el uso privativo de la fuerza–.

Por lo expuesto y opinión concordante del Procurador General de la Suprema Corte, corresponde rechazar el recurso articulado, confirmando en consecuencia la resolución de la instancia anterior. **ASÍ VOTO.**

Voto de los Dres. Adaro y Nanclares. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JORGE H. NANCLARES adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. **ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 639/649 por el Dr. Carlos Reig en representación del imputado Fernando Gabriel Sosa Fernández.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JORGE H. NANCLARES Ministro.

22- ALVAREZ CASTILLO. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarez.pdf

Lex: Art. 167, 76 ter del CP. Art. 155 del CPP.

Vox: Robo agravado. Resoluciones Judiciales. Fundamentación. Estándar mínimo de razonabilidad. Motivación. Argumentación jurídica. Seguridad jurídica. Nulidad.

Summa:

La Excma. **Quinta Cámara del Crimen** de la Primera Circunscripción Judicial, rechazó el pedido de sobreseimiento formulado por la defensa técnica en el marco de los autos N° 6.199.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y anular la resolución de la **Quinta Cámara del Crimen**. Asimismo, ordenó remitir los obrados a origen para dictar nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: *Auto rechaza solicitud de sobreseimiento por cumplimiento de plazo de la SJP, pronunciado por la Excma. Quinta Cámara del Crimen. (Hoy TPC N° 1) -1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM.

- Farrés Paluj.
- Duarte Actis.
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf

b-CSJN

- L.S. 186-427:
- L.S. 153-011:
- L.S. 354-218:

Parágrafos destacados

“...Al respecto, he señalado que el **deber judicial de motivación de las sentencias y autos** tiene su fundamento desde una triple perspectiva: a) desde el principio republicano que garantiza el control ciudadano de las decisiones estatales; b) desde la perspectiva de la seguridad jurídica; y c) desde una concepción democrática e inclusiva del derecho (conf. “Farrés Paluj”, “Duarte Actis”)...”

“...Por otra parte, la motivación de las sentencias y autos contribuye a la seguridad jurídica, en tanto no es sólo la decisión la que vincula al juez, sino también el argumento. A partir de ello, puede esperarse un criterio homogéneo en la toma de decisiones. Por último, la argumentación jurídica contribuye al desarrollo del derecho como práctica interpretativa. Ello es así en tanto el conocimiento de las razones que condujeron a un operador jurídico -sean doctrinarios, abogados defensores, representantes del

Ministerio Público Fiscal o jueces- a pronunciarse en un determinado sentido permite someter sus argumentos a una discusión abierta e inclusiva, de modo tal que todos los puntos de vista puedan ser tenidos en cuenta, contrastados entre sí y rebatidos entre los afectados para arribar a una decisión...”

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

(M.L.)

Fallo.

CUIJ: 13-04027173 ((010505-6199)) F. C/ ALVAREZ CASTILLO SANTIAGO HUMBERTO P/ ROBO CALIFICADO (6199) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04027173-7/1, caratulada "F. C/ ALVAREZ CASTILLO SANTIAGO HUMBERTO P/ ROBO CALIFICADO (6199) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO,, y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa de Santiago Humberto Álvarez Castillo interpone recurso de casación (fs. 172/177) contra la resolución de fs. 171 dictada por la entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, que rechazó el pedido de sobreseimiento formulado por dicha defensa técnica del acusado, en el marco de los autos N° 6199.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, en lo que aquí respecta, rechazó la pretensión de la defensa técnica de sobreseer al imputado por haber transcurrido el plazo dispuesto para la suspensión del juicio a prueba.

Asimismo, resolvió dejar sin efecto el punto 5) del resolutivo glosado a fs. 163, que disponía «5) Vencido el plazo anterior, cítese a juicio a las partes a tenor de lo dispuesto en el art. 367 del C.P.P.».

2.- Recurso de casación

Contra la mencionada decisión la defensa interpone recurso de casación, fundado en las previsiones del art. 474 inc. 1 del Código Procesal Penal.

Argumenta que la resolución recurrida incurre en una errónea interpretación de la ley penal sustantiva, en particular del **art. 76 ter del Código Penal**, en tanto la acción podía haberse declarado extinta hasta el momento en que transcurrió el plazo de un año establecido en la resolución de fs. 115.

Sostiene que el sobreseimiento del imputado operó de pleno derecho el 16/05/2007, una vez transcurrido el plazo por el cual se suspendió el juicio a prueba.

De acuerdo con el argumento defensorista, la ley penal sustantiva no ha precisado la oportunidad hasta la cual se puede disponer la revocación de la suspensión del juicio a prueba por incumplimiento de las condiciones impuestas y, por aplicación del principio pro homine, de razonabilidad y el criterio de máxima taxatividad interpretativa, el ámbito de punibilidad no puede extenderse más allá del plazo por el cual fue acordada la suspensión.

En base a eso, indica que la suspensión no puede ser revocada luego de ese plazo porque allí opera de pleno derecho la extinción de la acción.

Considera que, aunque durante el término de la suspensión el imputado habría cometido el delito de robo simple que se investiga en los autos P-137.177/07, ello no obsta el sobreseimiento solicitado en tanto aun no ha recaído sentencia condenatoria. A su entender, tanto la solicitud de revocación de la Fiscal de

Cámara (fs. 170) como la resolución de la Cámara del Crimen se produjeron de forma tardía, una vez que la acción ya se había extinguido irrevocablemente.

Argumenta que la suspensión del juicio a prueba es un derecho del imputado, y que la imposición de una pena en el caso resultaría arbitraria, inconstitucional, inútil desde el punto de vista de los fines de la pena y, además, comprometería la garantía a ser juzgado en un plazo razonable.

Por todo ello, entiende el quejoso que el auto impugnado debe ser revocado a través del acogimiento del presente recurso. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiere, el señor Procurador General señala en primer lugar que el mismo resulta procedente desde el punto de vista formal. En cuanto al fondo, refiere que debe ser rechazado en tanto el planteo resulta improcedente por dos razones.

En primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia sostiene que la suspensión del juicio a prueba es provisoria y la decisión tomada puede ser revocada cuando no se cumplen las reglas de conducta impuestas.

En segundo lugar, porque la revocación operada en autos nada tiene que ver con el delito supuestamente cometido en los autos N° P-137.177/07 y que no tiene condena, sino con el dictamen de la Fiscal de Cámara que da cuenta del **incumplimiento de las obligaciones impuestas al imputado en el auto**.

Las faltas de cumplimiento aludidas en el dictamen son coexistentes con la obligación de observar las reglas de conducta y, según las constancias de autos, a su entender no corresponde hacer operativa la expectativa de sobreseimiento.

Por tales motivos, considera que debe rechazarse el recurso y convalidar la resolución impugnada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser acogido.

a.- El planteo de la defensa nos pone ante la situación de dar respuesta a dos interrogantes.

El primero es si la **extinción de la acción penal por suspensión del juicio a prueba opera de pleno derecho una vez transcurrido el término de la suspensión sin haber sido revocada o si, por el contrario, exige una declaración judicial al respecto**. La segunda es cómo deben jugar los procesos pendientes por la **comisión de un nuevo delito** en el cómputo del plazo de la suspensión.

Sin embargo, el análisis de la resolución impugnada impide dar tratamiento a las cuestiones señaladas.

Para explicar esto, conviene hacer un breve repaso de lo acontecido en autos.

La defensa oficial que representa al imputado solicitó la suspensión del juicio a prueba -v. fs. 101-, petición ratificada por el imputado -v. fs. 103- y que contó con la venia del representante del Ministerio Público Fiscal -v. fs. 112-. De forma tal que el día 16/05/2006 se concedió la suspensión solicitada, por el término de un año, y se establecieron como reglas de conducta la fijación de un domicilio, el sometimiento al control del Organismo Técnico Criminológico y la reparación del daño, condicionada a su aceptación por parte de la víctima.

El día 04/03/2015 la defensa solicitó el sobreseimiento del imputado por haber transcurrido el término de la suspensión concedida, así como la revocación del decreto de fs. 163 que citaba a las partes a juicio.

Argumentó, como lo haría luego en el recurso en análisis, que no hay sentencia alguna que condene a Álvarez Castillo por el delito presuntamente cometido durante el término de la suspensión, y que el

tiempo transcurrido desde la suspensión impedía su revocación. Además, sostuvo que ya había un ofrecimiento de pruebas anterior y que tal etapa no debía reeditarse -v. fs. 164 y vta.-.

Corrida vista a la Fiscal de Cámara, solicitó la revocación del beneficio dado que el imputado no cumplió con la totalidad de las obligaciones impuestas según daban cuenta los informes del OTC de fs. 121, 122, 123 y 138; y tampoco existían constancias del depósito del resarcimiento económico fijado -v. fs. 170-.

Ahora bien, en oportunidad de resolver ambos planteos, la Cámara del Crimen no hizo lugar a la solicitud de la defensa, y dejó sin efecto el punto 5) del resolutivo glosado a fs. 163, que disponía «5) Vencido el plazo anterior, cítese a juicio a las partes a tenor de lo dispuesto en el art. 367 del C.P.P.» -v. fs. 171-. Para fundar tal decisión, reseñó brevemente la posición de las partes y agregó «III.- Puesto a resolver lo cuestión planteada, entiende el Suscripto que corresponde no hacer lugar a lo solicitado por la Defensa del imputado a fs. 164 y vta.-».

b.- En anteriores pronunciamientos me he pronunciado sobre el fundamento según el cual, a mi entender, deben justificarse las resoluciones jurisdiccionales para dar cumplimiento al estándar mínimo de razonabilidad y motivación de origen constitucional y operativizado en el art. 155 del CPP.

Al respecto, he señalado que el deber judicial de motivación de las sentencias y autos tiene su fundamento desde una triple perspectiva: a) desde el principio republicano que garantiza el control ciudadano de las decisiones estatales; b) desde la perspectiva de la seguridad jurídica; y c) desde una concepción democrática e inclusiva del derecho (conf. “**Farrés Paluj**”, “**Duarte Actis**”).

En este sentido, he considerado los precedentes mencionados que, por una parte, la adopción de una forma republicana de gobierno exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano. En tanto los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado, tienen el deber de rendir cuentas a los ciudadanos mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus decisiones. Sólo ello permite que la ciudadanía conozca el fundamento de las decisiones de los órganos que la representan.

Por otra parte, la motivación de las sentencias y autos contribuye a la seguridad jurídica, en tanto no es sólo la decisión la que vincula al juez, sino también el argumento. A partir de ello, puede esperarse un criterio homogéneo en la toma de decisiones. Por último, la argumentación jurídica contribuye al desarrollo del derecho como práctica interpretativa. Ello es así en tanto el conocimiento de las razones que condujeron a un operador jurídico -sean doctrinarios, abogados defensores, representantes del Ministerio Público Fiscal o jueces- a pronunciarse en un determinado sentido permite someter sus argumentos a una discusión abierta e inclusiva, de modo tal que todos los puntos de vista puedan ser tenidos en cuenta, contrastados entre sí y rebatidos entre los afectados para arribar a una decisión.

En el caso en tratamiento, advierto que la decisión de la Quinta Cámara del Crimen **no ha brindado motivos para arribar a la resolución adoptada**, por lo que los objetivos señalados arriba se ven frustrados. En primer lugar, no ha contestado los argumentos de la defensa al solicitar el sobreseimiento del imputado y la revocación de la resolución de fs. 163; en segundo lugar, no ha resuelto la petición de revocación de la suspensión del juicio a prueba incoada por la Fiscal de Cámara y, finalmente, no ha brindado razones para dejar sin efecto el resolutivo 5) de la mencionada decisión.

En efecto, del párrafo antes transcrito surge que el a quo se limitó a resumir los planteos de las partes y a sostener que no correspondía hacer lugar a la petición de la defensa. Sin embargo, no justificó jurídicamente su decisión, lo que demandaba un análisis de los argumentos esgrimidos por las partes, de las constancias de la causa y de su subsunción en el derecho aplicable.

En este sentido, al ingresar al tratamiento de la solicitud de sobreseimiento, debería haberse contestado a la defensa si el delito cometido por el imputado durante el término de la suspensión del juicio a prueba y por el cual aún no ha sido condenado tenía efectos jurídicos en relación a la suspensión; si el sobreseimiento por extinción de la acción era procedente en este estado procesal, y si correspondía revocar la resolución de fs. 163.

Además, al resolver esa presentación, debería haberse dado cuenta de la solicitud de revocación de la Fiscal de Cámara, para lo cual debió haberse contrastado sus afirmaciones con las constancias de la causa y haberse fundamentado si sus argumentos eran o no procedentes.

Por último, si se consideró que correspondía dejar sin efecto parcialmente -como se hizo-, la resolución de fs. 163, debieron brindarse razones para ello, fundadas en derecho y que permitieran explicar la decisión.

Los defectos en la motivación puestos de manifiesto imposibilitan el tratamiento de este Tribunal de las cuestiones planteadas por la defensa en su recurso, a la vez que determinan el carácter infundado de la decisión de la Quinta Cámara del Crimen a los términos del art. 155 del CPP, lo que constituye un vicio en el procedimiento que autoriza a esta Sala a disponer la anulación de la decisión y el reenvío a origen a efectos de que se dicte un nuevo pronunciamiento (arts. 474, 485 y 486 del CPP).

Es jurisprudencia constante de este Tribunal que, los defectos de motivación -para conllevar la extrema consecuencia de la anulación- deben ser de una entidad tal que importe ausencia de fundamentos, lo que en este caso se ha verificado (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros).

Por las razones antes mencionadas, considero que debe acogerse el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, debiendo remitirse al subrogante legal.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Valerio adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

Atento al resultado al que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Santiago Humberto Álvarez Castillo y, en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 171 de autos, debiéndose remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Santiago Humberto Álvarez Castillo a fs. 172/177 vta., y anular la resolución obrante a fs. 171.

2.- Remitir los presentes obrados al Juzgado Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro; DR. MARIO D. ADARO Ministro; DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

23- ALVAREZ CASTILLO. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-5°	-	N	474
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-6°	-	N	-1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarezC.pdf

Lex: Art. 164 y 59 del CP. Art. 5, 26 inc. 2 del CPP.

Vox: Robo simple. Solución de conflicto. Dictamen del MPF. Carácter vinculante del dictamen fiscal.

Summa:

La Excm. **Quinta Cámara del Crimen** de la Primera Circunscripción Judicial, rechazó el pedido de solución del conflicto formulado por dicha defensa técnica en el marco de los autos N° P-13.177/07.

La **defensa** de Santiago Humberto Álvarez Castillo interpone recurso de casación (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por la 5ta C.C.(Hoy TPC N° 1) -1° Cj.

Precedentes citados

a-SCJM.

- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio**. Llorente. Adaro.

(A.P.)

Fallo

CUIJ: 13-04122141-5/1((010501-13177)) F. C/ ALVAREZ CASTILLO SANTIAGO HUMBERTO P/ ROBO SIMPLE (13177) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104184479*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-04122141-5/1**, caratulada “**F. C/ ALVAREZ CASTILLO SANTIAGO HUMBERTO P/ ROBO SIMPLE (ART. 164 C.P.) S/ CASACIÓN**”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Santiago Humberto Álvarez Castillo interpone recurso de casación (fs. 110/115) contra la resolución de fs. 109 dictada por la entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, que rechazó el pedido de **solución del conflicto** formulado por dicha defensa técnica en el marco de los autos N° P-13.177/07.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La entonces Quinta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, en lo que aquí respecta, no hizo lugar a la pretensión de la defensa técnica de recurrir a la solución del conflicto como criterio de oportunidad para canalizar la resolución del caso.

Para así decidir, compartió con la titular del Ministerio Público el criterio según el cual, atento al cúmulo de causas acumuladas contra el imputado y su gravedad, resultaba conveniente la realización de un debate oral.

2.- Recurso de casación

La defensa interpone recurso de casación contra el acto arriba individualizado, fundado en el art. 474 inc. 1 del Código Procesal Penal, es decir, por considerar que la decisión adolece de vicios in iudicando.

Argumenta que la resolución recurrida desconoce y viola los artículos 5 y 26 inc. 2 del Código Procesal Penal, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Directrices sobre la Función de los Fiscales, en particular la **directriz N°18, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre la aplicación de Medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y la Declaración Universal de Derechos Humanos**.

Según su perspectiva, dichos instrumentos son obligatorios para los funcionarios del Estado argentino, y el dictamen fiscal que ha sido homologado por el tribunal no los ha respetado, en tanto se apoya exclusivamente en la existencia de causas en trámite contra el imputado.

Agrega que el suceso investigado en la presente causa data del año 2007, por lo que, a ocho años del hecho, poco puede hablarse de resocialización y proporcionalidad mediante la imposición de una pena. Por todo ello, entiende el quejoso que el auto impugnado debe ser revocado a través del acogimiento del presente recurso. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Corrida vista al señor Procurador General, considera que el recurso debe ser sustancialmente rechazado por dos razones.

Por un lado, debido a que el pedido ha sido interpuesto **en forma extemporánea**, y por otro, dado el **carácter vinculante del dictamen fiscal** como presupuesto de procedibilidad del instituto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, corresponde adelantar que el recurso casatorio debe ser rechazado en base a los motivos que se exponen en lo sucesivo. En relación a la solución del conflicto esta Sala Segunda ha señalado con anterioridad que la regulación procesal aplicable -esto es, el art. 26 del CP- asigna un rol principal al Ministerio Público Fiscal en cuanto a la titularidad y el ejercicio de la acción penal.

En este sentido, se ha señalado que «quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal. Para lo cual, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos» (**conf. “Lemos Guerrero”**).

De modo tal que el consentimiento fiscal se torna un requisito ineludible para que el planteo proceda, circunstancia que no ocurre en el caso bajo análisis. Independientemente de las razones expuestas por el recurrente, la inexistencia de acuerdo fiscal para la procedencia del planteo de extinción de la acción impide fundadamente aplicar el criterio de oportunidad peticionado, y determina la confirmación de la solución adoptada por el a quo.

En este esquema, el hecho de que el defensor entienda que la política criminal ejercida por el Ministerio Público Fiscal no se ajusta a los estándares que considera adecuados no resulta suficiente para invalidar su dictamen, en tanto el Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción, no se encuentra obligado sino facultado a proceder conforme a criterios de oportunidad según el modo en que decida ejercer la política de persecución penal.

Dicho con otras palabras, la solución del conflicto solicitada por la defensa no resulta automática, sino que se encuentra subordinada a la consideración de las particulares circunstancias del caso, como ocurre con todos aquellos institutos que regulan relaciones interpersonales que han puesto en juego la vigencia del ordenamiento jurídico.

En base a lo dicho y como consecuencia de la aplicación al caso las consideraciones antes reseñadas, se advierte que la resolución impugnada no aparece arbitraria, en tanto deniega el beneficio solicitado por la ausencia de un elemento esencial para su procedencia, es decir, del dictamen fiscal favorable.

Debe destacarse que la petición de fs. 96/97 se ha limitado a hacer consideraciones teóricas sobre la solución del conflicto como institución, pero ha omitido toda relación con la causa y motivación acerca de cómo habría operado la solución en el caso.

El pedido de la defensa consiste en una mera transcripción de doctrina y enunciados abstractos que no tienen conexión alguna con las circunstancias de la causa. En efecto, los dos primeros párrafos contienen un encabezado relativo a la personaría que ostenta el defensor y el objeto de la presentación.

Los párrafos tercero y cuarto transcriben dos artículos de la entonces **Ley Orgánica del Ministerio Público**, los párrafos quinto y sexto, por su parte, ofrecen una interpretación propia del defensor al respecto pero

sin referencias al caso concreto; y finalmente el séptimo párrafo transcribe una obra de doctrina. Estos argumentos, a juicio de la defensa, serían suficientes para hacer lugar al pedido de solución del conflicto. Frente a ello se sitúan **una negativa fiscal y una resolución judicial** que coinciden en que la cantidad de causas abiertas contra el acusado hacen recomendable rechazar el pedido. Es de destacar, asimismo, que en este caso el a quo no sólo rechazó en base a la falta de consentimiento fiscal, sino que además hizo suyo los argumentos del representante del Ministerio Público Fiscal, en el sentido que la cantidad de causas en trámite que registra el imputado y su gravedad tornaba poco favorable la solución anticipada del conflicto.

El recurso casatorio de la defensa, por su parte, aunque argumenta en torno a una pretendida errónea aplicación del derecho, no constituye más que una discrepancia con el razonamiento del a quo, insuficiente para conmovier su decisión.

Por una parte, no ha logrado demostrar por qué motivos podría tenerse por solucionado el conflicto en autos y, por otra, no ha detectado una errónea interpretación o aplicación del derecho, conforme a las consideraciones aquí vertidas.

La motivación de la resolución impugnada, si bien es escueta, resulta suficiente a los fines del mantenimiento del dictum como **acto procesal válido** y no adolece de falencias que impliquen su anulación. Sobre este punto, tiene dicho esta Sala que los defectos de motivación -para conllevar esa extrema solución- deben ser de una entidad tal que importe ausencia de fundamentos, lo que en este caso no ocurre (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros).

Por todo ello, y oído el señor Procurador General, debe desestimarse el planteo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. PEDRO J. LLORENTE Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 110/115 por la defensa de Santiago Humberto Álvarez Castillo.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

24- CALDERON CASTRO y ot.. 26-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	A	-	CR	-	-	-	N	399
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcCalderon.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 167 inc. 2, 55, 166 inc. 2°, 3° párrafo del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego no apta. Poblado y banda. Concurso real. Rol del juez. Independencia. Imparcialidad. Imparcialidad. Examen directo y contraexamen de testigos. Presentación extemporánea del recurso.

Summa:

El **TPC** condenó a los nombrados, Hidalgo y Calderón, a la pena de a la pena de **seis años y seis meses** de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya idoneidad para el disparo no ha podido ser acreditada y por ser en poblado y en banda en concurso real (dos hechos, art. 166 inc. 2 tercer párrafo, 167 inc. 2, 55, 166 inc. 2 tercer párrafo del Código Penal)

La **defensa de Calderón -R.D.C.C-** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) atribuye al decisorio cuestionado una errónea aplicación de la ley en cuanto se ha realizado un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de la base fáctica y de su relación con la imputación típica penal en mérito a las pruebas colectadas en autos, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional, tanto desde el punto de vista formal como sustancial.

La **defensa de Hidalgo -A.E.H.-** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 CPP) estima que la sentencia le causó a Hidalgo un «gravamen irreparable», atento a que el tribunal sentenciante no tuvo presente las pruebas de descargo que salieron a la luz durante el debate oral. Así como tampoco tuvo en cuenta las declaraciones contradictorias de madre e hijo, siendo, según su entender, partes con interés en agravar la situación del imputado por problemas anteriores

El **Procurador General** entiende que debe rechazarse formalmente el recurso presentado por el defensor de A. E. H. debido a que el escrito recursivo fue presentado en forma extemporánea.

En cuanto al recurso presentado por el defensor de R.D.C.C. estima que no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Calderón, correspondiendo anular parcialmente la Sentencia N° 198 (fs.366/367), solo con respecto a los puntos III y IV, y los fundamentos en cuanto resulten conexos a ellos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al TPC N° 1-1° CJ a fin de que la OGAP proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de un nuevo debate. Asimismo, resolvió desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Hidalgo, por resultar extemporáneo.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 198, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Parágrafos destacados

“Al respecto debe destacarse que el **examen directo de testigos** en un sistema procesal de estas características es una de las herramientas principales con que cuentan las partes para producir efectivamente la información presentada en el alegato de apertura. A su vez, el control de la información

en juicio, a través del contraexamen de testigos, también sólo puede estar a cargo de las partes, ello como derivación específica del principio de contradicción. “

“La actuación del juez en estos casos debe reducirse a la dirección y conducción del debate y, eventualmente, usar el poder disciplinario que le dispensa el ordenamiento procesal, posicionándose pasivamente para recibir la información provista por las partes y luego decidir todas las cuestiones planteadas. “

Precedentes citados

a-SCJN

- Funes Guerra. 21-06-07: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

La garantía de Juez imparcial puede ser definida como la ausencia de perjuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación con las partes como a la materia. Afirmando el carácter indisponible de la garantía constitucional afectada - garantía de imparcialidad del juzgador -, no rige la caducidad ni la preclusión y al haber sido admitidos los recursos de casación, al margen de lo que constituye materia de agravios, este Tribunal posee competencia que lo habilita a la declaración oficiosa de la nulidad absoluta advertida.

Expte.: 88427 - FISCAL FUNES GUERRA, NELSON GERARDO POR ROBO AGRAVADO, CON PORTACIÓN ILEGITIMA DE ARMA DE GUERRA Y VIOLACIÓN DE DOMICILIO; PELAYES OROZCO RODRIGO MARTÍN ROBO Y VIOLACIÓN DE DOMICILIO EN CONCURSO REAL S/CASACIÓN. Magistrado/s: BÖHM - SALVINI – LLORENTE. Ubicación: LS377-190

- Mopardo Dupox CUIJ 13-04382197-5/1.

«[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar direcciona el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso»

- Flores González 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf

De este modo, la imparcialidad de los jueces es una de las piedras angulares sobre la que reposa el principio del debido proceso legal puesto que, junto con la independencia y la imparcialidad, conforman una especie de triada de virtudes que debe ostentar el órgano jurisdiccional que juzga los delitos sometidos a su conocimiento y decisión. Precisan el modo en que debe actuar el juez dentro del proceso por cuanto, mientras la imparcialidad circunscribe la actuación del juez durante el proceso, la independencia y la imparcialidad también imponen límites a la dirección del proceso, fijando qué puede y qué no puede hacer.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(A.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04493593-1/1((018601-102391)) FC/ CALDERON CASTRO ROMAN DANIEL E HIDALGO ALEXIS EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO (102391) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104575166*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04493593-1/1, caratulada "FC/ CALDERON CASTRO, ROMAN DANIEL E HIDALGO, ALEXIS EZEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Román Daniel Calderón Castro y de Alexis Ezequiel Hidalgo interponen recurso de casación (fs. 387/398 y 399/400; 406 y vta., respectivamente), contra la Sentencia N° 198 (fs. 366/367) y sus fundamentos mediante la cual se condenó a los nombrados a la pena de seis años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya idoneidad para el disparo no ha podido ser acreditada y por ser en poblado y en banda en concurso real (dos hechos, art. 166 inc. 2 tercer párrafo, 167 inc. 2, 55, 166 inc. 2 tercer párrafo del Código Penal) en las causas N° P-102391/16 y 102361/16. El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En los autos N° P-102391/16, el tribunal sentenciante tuvo por probado que «el 18 de octubre de 2016, siendo las 22:45 horas aproximadamente, Alexis Ezequiel Hidalgo alias "Chasqui", junto a Román Daniel Calderón Castro alias "Gordo Román", y a un tercer sujeto no habido ni identificado, ingresaron al local comercial "Hamburguesas Extremas", sito en intersección de calles San Martín Sur y Estrada de Godoy Cruz, y mediante amenazas con armas de fuego exigieron dinero y las pertenencias a quienes se encontraban presentes en el negocio.

Dos de ellos se dirigieron al mostrador, apuntaron con armas de fuego a Juliano Leonel Quintero, propietario del negocio, y se apoderaron de tres mil ochocientos cincuenta pesos (\$3.850) aproximadamente de la caja y del celular de Quintero. Luego los sujetos tomaron una bolsa y guardaron dentro carteras, mochilas, prendas de vestir y celulares que se encontraban en el mostrador, pertenecientes a los empleados del negocio. Acto seguido los dos sujetos apuntaron con armas de fuego a los clientes que se encontraban sentados en el local, los amenazaron, les sustrajeron sus pertenencias, mientras que el tercer sujeto, también armado, permanecía en la puerta del local cumpliendo la función de campana. Finalmente los tres sujetos salieron del negocio y se dieron a la fuga por calle Estrada donde subieron a un vehículo marca VW Gol de color gris que estaba estacionado».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos más importantes, entre otros, las actas de allanamiento de fs. 12 y vta./57 y vta., las actas de reconocimientos de fs. 119/121, las declaraciones

testimoniales del Oficial Principal Alberto Gallardo, del Oficial Ayudante Martín Ezequiel Di Tomuaso, de Sharon Raizel Almonacid Russo, y de Camila Silvina Jeria Pistone.

En los autos N° P-102361/16, el tribunal sentenciante tuvo por probado que «el 17 de octubre de 2016, siendo las 21:40 horas aproximadamente, Alexis Ezequiel Hidalgo alias “Chasqui” junto a Román Daniel Calderón Castro alias “Gordo Román” y un tercer sujeto, ingresaron al local comercial de nombre “La Milanga” ubicado en calle Ituzaingó N° 775 de Godoy Cruz, lugar en el que mediante amenazas con armas de fuego exigieron dinero, teléfonos celulares a las propietarias del local, Luciana Fernanda Arancibia, Sabrina María Fresquet y a una cliente, Carina Betina Vergara, quien se encontraba con su hija de tres años de edad. Ante la negativa de Sabrina Fresquet de entregar sus pertenencias, Alexis Hidalgo le apuntó con un arma de fuego a la cabeza y le manifestó «quédate quieta porque te quemo». Román Daniel Calderón Castro le apuntó con un arma de fuego a la niña de tres años y le manifestó a Sabrina Fresquet «dame todo o mato a la nena», razón por la que entregó su dinero, un teléfono celular, botellas de bebidas alcohólicas y una balanza del negocio. Seguidamente los tres sujetos salieron del local comercial y se dieron a la fuga por calle España, lugar en el que subieron a un automóvil marca VW Gol de color gris».

El tribunal de instancia anterior llegó a la decisión antes referida en función de la valoración de las actas de allanamiento de fs. 31 y vta./35 y vta., las actas de reconocimiento de fs. 120/127, las declaraciones testimoniales del Oficial Principal Alberto Gallardo, del Oficial Ayudante Martín Ezequiel Di Tomuaso, de Carina Betiana Vergara Segura, y de Brian Ezequiel Robledo Vergara; entre los elementos de prueba más relevantes.

2.- Los recursos de casación formulados

a) Recurso de casación de Román Daniel Calderón Castro

Los motivos del recurso de casación se enmarcan en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP.

Atribuye al decisorio cuestionado una errónea aplicación de la ley en cuanto se ha realizado un incorrecto uso de la lógica jurídica valorativa de la base fáctica y de su relación con la imputación típica penal en mérito a las pruebas colectadas en autos, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional, tanto desde el punto de vista formal como sustancial.

Argumenta que existieron contradicciones en las declaraciones brindadas durante la investigación penal preparatoria y durante el debate oral de los testigos Carina Betiana Vergara Segura, Alberto Sebastián Gallardo Buzo, Martín Ezequiel Di Tomuaso, Camila Silvina Jeria Pistone y Brian Ezequiel Robledo Vergara. Estima que el tribunal de juicio prescindió e ignoró los claros, espontáneos e incuestionables testimonios prestados por esos testigos durante el debate oral. Además, refiere que tampoco explicó los motivos por los que se alejó de las versiones brindadas durante el debate oral, las cuales, a su entender, son discordantes con la conclusión arribada.

Señala que esos testimonios no se correspondían con el resto del material probatorio y que, además, describían de manera confusa las supuestas circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Argumenta que la sentencia tomó como cierto los relatos engañosos de los testigos Vergara y Robledo, los que según su parecer, se encontraban cargados de subjetivismo en perjuicio del imputado.

Sostiene que el tribunal de juicio contó con elementos probatorios que desacreditaban por completo las declaraciones contradictorias de los testigos antes indicados y que fueron dejados de lado por el tribunal, además de ignorar los extremos que acreditaban la falta de presencia en los hechos por los testigos señalados.

Manifiesta que el tribunal a quo omitió expedirse y resolver cuestiones de hechos decisivas que debieron ser incluidas en función de lo «trascendental y decisivamente» manifestado en la audiencia de debate por

los testigos en cuestión. Por tal razón considera que la sentencia puesta en crisis omitió examinar conforme a derecho la prueba trascendental.

Entiende que, de los elementos probatorios valorados en su conjunto no se logró probar, con el grado de certeza que requiere toda sentencia condenatoria, la responsabilidad penal de Román Daniel Calderón Castro.

En resumen, el recurrente estima que de las audiencias de debate surge que el tribunal sentenciante, por una parte realizó una errónea valoración de los elementos probatorios, lo que conllevó a su entender, a falaces conclusiones en relación a la conducta que se le atribuyó a Román Daniel Calderón Castro y a Alexis Hidalgo.

Por otra parte, refiere que se omitió valorar y expedirse sobre elementos probatorios de trascendental importancia para arribar a la conclusión lógica jurídica exigida para toda sentencia. Es decir, considera que el tribunal a quo no explicó, ni fundó razonadamente, con el grado de certeza que requiere toda sentencia condenatoria, que haya existido por parte de Calderón Castro la acción típica que requieren las figuras penales que se le atribuyen.

Argumenta que el tribunal de juicio no acertó en su interpretación y conclusión legal, atento a que incurrió en la violación de las pautas procesales mínimas que garantizan el debido proceso legal tornando viable la nulidad de la sentencia.

Considera que todo ello, en primer lugar, afectó la garantía de la tutela judicial efectiva, puesto que no se obtuvo una resolución razonada que haya solucionado el conflicto. En segundo lugar, estima que no se respetó el derecho de defensa en juicio, ya que el decisorio cuestionado colocó a los imputados en inferioridad de condiciones reales. En tercer lugar, alude que no se respetó el debido proceso legal, por cuanto su orden se vio alterado con el decisorio puesto en crisis.

Por último, sostiene que el fallo se encuentra carente de un nexo lógico entre las pruebas recibidas y las conclusiones a las que se arribó conforme los principios de identidad, razón suficiente y tercero excluido, lo que según su entender, consideró viable el recurso de casación para enmendar el vicio en el juicio lógico de derecho contenido en la sentencia dictada por el tribunal a quo.

Solicita la nulidad de la sentencia dado que, a su entender, quedó demostrado el carácter contingente de todos los testimonios analizados como elementos de juicio y la inconsecuencia lógica en la que se incurrió, al pretender inferir de los testimonios, una conclusión asertiva respecto de la participación de Calderón Castro, afirmación ésta a la que no se arriba necesaria e indefectiblemente, violentado de ese modo el principio de razón suficiente. De allí que le exige a esta Sala que se meriten dichos elementos de prueba, con estricta observancia de las reglas de inferencia lógica y de la sana crítica racional.

Hace expresa reserva del caso federal.

Durante la audiencia de informe oral el recurrente la defensa expresó, junto a lo ya señalado, que existió violación a la garantía de imparcialidad atento a que el sentenciante, durante todo el debate, preguntó todo lo que el representante del Ministerio Público Fiscal no preguntaba.

b) Recurso de casación de Alexis Ezequiel Hidalgo

La impugnación de Hidalgo se enmarca en las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP.

Estima que la sentencia le causó a Hidalgo un «gravamen irreparable», atento a que el tribunal sentenciante no tuvo presente las pruebas de descargo que salieron a la luz durante el debate oral. Así como tampoco tuvo en cuenta las declaraciones contradictorias de madre e hijo, siendo, según su entender, partes con interés en agravar la situación del imputado por problemas anteriores.

Respecto de las pruebas instrumentales, considera que por las fotos del vehículo VW Gol quedó acreditado que no fue usado por Hidalgo, sino que por el contrario se trataba de otro vehículo.

Sostiene que le resultó increíble que el tribunal a quo le creyera a un preso que se declaró enemigo de Hidalgo e incluso reveló que estuvieron en un tiroteo.

Argumenta que la sentencia es nula atento a que el sentenciante aplicó una pena mayor a la peticionada por el representante del Ministerio Público Fiscal.

Manifiesta que se adhiere al recurso de casación presentado por el defensor Enoc Ortiz y que sería ampliado in voce en la audiencia respectiva, debido a la complejidad de la causa.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que debe rechazarse formalmente el recurso presentado por el defensor de Alexis Ezequiel Hidalgo debido a que el escrito recursivo fue presentado en forma extemporánea.

En cuanto al recurso presentado por el defensor de Román Daniel Calderón Castro estima que no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Advierte que los agravios expuestos por el recurrente se estructuran en torno a criticar la valoración que efectuó el juzgador de la prueba testimonial rendida en el curso del debate.

Considera que la sentencia se encuentra debidamente fundada, ya que el tribunal analizó razonadamente las pruebas e indicios colectados, explicando las razones por las cuales le otorgó credibilidad a los testimonios valorados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio Preopinante

Puesto a resolver los recursos de casación interpuestos debo adelantar que, conforme los argumentos que a continuación se formulan, el recurso de casación interpuesto por la defensa de Román Daniel **Calderón Castro debe ser acogido.**

a.- De manera preliminar corresponde señalar que en la audiencia de informe oral la defensa de Román Calderón Castró hizo referencia a la **violación a la garantía de imparcialidad por parte del juez de sentencia**, atento a que durante todo el debate realizó **preguntas propias de la acusación** a cargo del Ministerio Público Fiscal.

De los registros audiovisuales de las diversas audiencias de juicio llevadas a cabo, puede constatarse que efectivamente resultó vulnerada una garantía constitucional indisponible, lo que provoca la nulidad absoluta de la sentencia resistida, encontrándose esta Sala habilitada para así declararlo, según se ha dicho con anterioridad (L.S. 377-190 **Funes Guerra**, entre otros).

En efecto, estimo que el tribunal a quo tuvo durante el debate oral una indebida intervención activa, extralimitándose en el ejercicio de la función jurisdiccional, y asumiendo facultades propias del órgano acusador. Esto resulta contrario a lo que impone el **modelo acusatorio adversarial vigente**, tema que este Cuerpo ya ha abordado ampliamente en los precedentes “**Mopardo Dupox**” y, más recientemente, en “**Flores González**”.

Efectivamente, en esta última ocasión sostuve que «[...] **el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno** al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia

uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso».

«La concepción del juez **como imparcial**, así, supone sustraerle la posibilidad de hacer las tareas propias y exclusivas de las partes -afirmar, alegar, impugnar, etc.-, de modo tal que tiene vedada la posibilidad de reemplazarlas en el cumplimiento defectuoso que ellas pudiesen tener en el desenvolvimiento del debate».

«Ahora bien, aplicadas esas consideraciones generales [...] a la posibilidad que el Código Procesal Penal le confiere al juez de formular preguntas durante el debate, queda claro que el artículo 399 de ese cuerpo legal, en sintonía con los lineamientos acusatorios del sistema, no pone en igualdad de condiciones a las partes que al juez al momento de ejercer esa facultad.

Así, mientras “el fiscal, las partes y los defensores” pueden “formular preguntas a las partes, peritos, testigos, e intérpretes” (art. 399 primer párrafo CPP), “el presidente y los vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración” (art. 399 segundo párrafo CPP)».

«Tanto sistemática como gramaticalmente la norma nos indica que el juez y las partes no están posicionadas del mismo modo frente al conflicto penal. Mientras estas últimas acceden a él de manera activa, con una conducta tendiente a esclarecer los hechos, el primero lo hace de manera pasiva, recibiendo la información provista por aquellas para luego decidir de manera alejada al asunto. La posibilidad de mezclar ambos posicionamientos -activo y pasivo- frente al conflicto es lo que conduciría a la pérdida de la imparcialidad del juzgador, pues la actividad investigación supone de por sí una posición subjetiva frente al suceso, mientras que la de juzgar tiene pretensiones de objetividad, por lo que ellas son incompatibles entre sí».

«La facultad que la norma concede a los jueces, así, debe entenderse en el sentido de que ellos pueden formular preguntas a los meros fines de aclarar el sentido de los dichos ya proferidos por el testigo, es decir, para una mejor comprensión de la declaración, mas no para indagar sobre puntos no abordados por aquél».

Esta última situación de indagación por parte del juez de sentencia de diversos puntos tendientes a acreditar la hipótesis acusatoria es la que advierto configurada en la presente causa. Ello en tanto durante las diversas audiencias de debate oral, el sentenciante formuló preguntas a los testigos, excediendo de este modo los márgenes de actuación determinados por el art. 399 del CPP.

A modo ilustrativo, es pertinente señalar alguno de esos episodios, entre muchos otros que se verifican en el sentido referido.

Así, durante la declaración del Oficial Principal Alberto Gallardo el juzgador le solicitó que se acercara al estrado porque el representante del Ministerio Público Fiscal le mostraría la fotografía del vehículo que habría protagonizado el hecho investigado. Mientras el testigo observaba la fotografía el juez le preguntó: «¿ese es el auto?» (ver registro audiovisual, 1:03:30 de la audiencia del día 31 de agosto de 2018), «¿esto es un Gol o un Golf?» (1:04:30); «¿y era gris?» (1:04:45), «¿se puede confundir de noche un Gol o un Golf perfectamente?» (1:04:49).

Luego, mientras el representante del Ministerio Público Fiscal interrogaba al testigo, el sentenciante lo interrumpió, manifestándole: «¿entiende la pregunta del señor Fiscal, es decir, hasta el momento de la aprehensión, antes de la aprehensión, hay varios hechos de características similares en un vehículo Gol gris, a partir de la detención de estas personas se volvió a escuchar en la zona esa que había un vehículo

Gol gris con tres personas que ingresaban con armas a los lugares a cometer asaltos?» (ver registro 1:06:14).

Asimismo, el juez después de las preguntas realizadas por los defensores, se dirigió al testigo diciéndole: «la pregunta para sacarnos un poco la duda, ¿usted conoce de vehículo medianamente?» (1:20:17), «¿el auto Gol, porque este es un Gol el que ustedes secuestraron, viene con una tonalidad de fábrica, más allá del polarizado, una tonalidad?» (1:20:25), «¿los vidrios son transparentes o tiene una pequeña tonalidad grisácea o verdosa?» (1:20:42).

A continuación, ingresó a la sala el Oficial Ayudante Martín Ezequiel Di Tomuaso, quien mientras relataba que a raíz de que en el hecho de “La Milanga” una de las víctimas podía reconocer a los autores, el juzgador lo interrumpió para preguntarle: «¿los conocía de antes o podía reconocerlos?» (1:34:12).

Posteriormente, el testigo, ante una pregunta del fiscal, manifestó lo que recordaba en cuanto a las características del vehículo que habían secuestrado. El sentenciante, interrumpiendo una vez más, le preguntó al Oficial Ayudante Di Tomuaso: «¿estaba tuneado el auto?, ¿bajado el nivel con respecto al piso?» (1:42:27), a lo que el testigo le contestó que no se acordaba de esos detalles en este momento, a lo que sentenciante le preguntó: «¿lo hubieran volcado en el acta?» (1:42:42), manifestándole el Oficial que no sabía si lo habrían volcado en el acta, no obstante el juzgador insistió, refiriéndole: «si hubiera habido alguna característica especial como esa, más bajo de lo común, tener patonas por ejemplo» (1:42:47), a lo que el testigo le contestó que creía que si hubiera alguna señal características o particular se vuelca en el acta.

Con lo expuesto, se advierte que las preguntas realizadas por el juzgador no fueron emitidas con el fin de aclarar los dichos de los testigos sino que, por el contrario, estuvieron dirigidas a **conducir de manera evidente el interrogatorio e introducir información**, facultad que le corresponde únicamente, en un sistema acusatorio adversarial, a la acusación o a la defensa.

En consecuencia, la información introducida mediante el interrogatorio del juez no es de calidad al violar las reglas del debido proceso, en especial la imparcialidad (art. 207 CPP), y ello tiene vinculación directa y esencial con la valoración de los elementos probatorios, habiéndose violado en definitiva la sana crítica racional (art. 206 CPP).

Entiendo necesario aclarar que a partir de la vigencia de la ley 9106 se ha acentuado el carácter acusatorio adversarial de nuestro sistema procesal, que ya leyes anteriores –como por ejemplo la ley 9040– le habían impreso. Si bien las disposiciones de la ley 9106 regulan el juicio por jurados, debe considerarse a ella como una fundamental fuente de interpretación de disposiciones contenidas en el CPP, a la luz del paradigma acusatorio adversarial.

En este orden, y vinculado al caso en análisis, conviene recordar el art. 26 de aquél cuerpo normativo, el que dispone respecto al **examen directo y contraexamen de testigos** y peritos que «[l]os testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo. Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito. No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo. Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la

contraparte. El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios».

Al respecto debe destacarse que el examen directo de testigos en un sistema procesal de estas características es una de las herramientas principales con que cuentan las partes para producir efectivamente la información presentada en el alegato de apertura. A su vez, el control de la información en juicio, a través del contraexamen de testigos, también sólo puede estar a cargo de las partes, ello como derivación específica del principio de contradicción.

La actuación del juez en estos casos debe reducirse a la dirección y conducción del debate y, eventualmente, usar el poder disciplinario que le dispensa el ordenamiento procesal, posicionándose pasivamente para recibir la información provista por las partes y luego decidir todas las cuestiones planteadas.

b.- En cuanto al recurso de casación interpuesto por la defensa **de Alexis Ezequiel Hidalgo**, estimo que **debe ser rechazado**. Veamos.

El art. 480 del CPP fija el plazo para la interposición del recurso extraordinario de casación en quince días contados desde que la resolución cuestionada es notificada.

En autos, el cómputo del plazo ha de contarse desde la lectura de los fundamentos del fallo que, conforme surge del punto VIII de fs. 357, fue llevada a cabo el 14 de setiembre del 2018.

Ello determina que el plazo para la interposición de la vía recursiva venció durante las dos primeras horas de oficina del 8 de octubre del mismo año, esto es, a las 09:30 horas.

Sin embargo, según se advierte de fs. 400 el recurso de casación fue presentado el 8 de octubre de 2018 a las 11.40 horas, es decir, más de dos horas de lo indicado, por lo que su presentación resulta extemporánea.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Román Daniel Calderón Castro y desestimar, por extemporáneo, el recurso de casación interpuesto por la defensa de Alexis Ezequiel Hidalgo.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Román Daniel Calderón Castro y, en consecuencia, anular parcialmente la Sentencia N° 198 (fs.366/367), solo con respecto a los puntos III y IV, y los fundamentos en cuanto resulten conexos a ellos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de un nuevo debate.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Román Daniel Calderón Castro, correspondiendo anular parcialmente la Sentencia N° 198(fs.366/367), solo con respecto a los puntos III y IV, y los fundamentos en cuanto resulten conexos a ellos, debiendo remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de un nuevo debate.
- 2.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Alexis Ezequiel Hidalgo.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

25- RAMOS RIVERO. 02-07-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190702_FcRamos.pdf

Lex: Art. 166, inc. 2°, 2° párrafo, 62 inc. 2°, 66 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Prescripción de la pena.

Summa:

El **TPC** rechazó el pedido de prescripción de la pena oportunamente peticionado por la defensa técnica.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 713/716 vta. de autos y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada por el TPC N° 2.

Resolución cuestionada: Auto (09-08-18) pronunciado por el TPC N° 2- 1° CJ.

Fundamentos: <http://www.jus.mendoza.gov.ar/contenidos/?id=5b6c42fcdaea9100bef7170a>

Precedentes citados

a-SCJM

- Santiago Gonzalo. 21-06-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

“Previo a la ejecución de la pena privativa de la libertad, debe notificarse al condenado la sentencia firme (art. 66 C.P.), puesto que para que el término de la prescripción de la pena comience a correr es necesario que el condenado se encuentre jurídicamente obligado a cumplir la sentencia y, tal deber surge con la **notificación de la sentencia de condena firme**, puesto que hasta ese momento todavía corre la prescripción de la acción. El término de la **prescripción de la pena no comienza en el momento en que la sentencia queda firme, sino desde la medianoche del día en que el condenado es notificado de ella.** (Voto Dr. Valerio)”

“La **notificación personal de la sentencia** se opera de conformidad a lo dispuesto por el ordenamiento procesal penal en la redacción otorgada por la ley 6730 en su art. 412, al disponer que **la lectura** valdrá como notificación, **no siendo necesaria la notificación personal de la misma.** Por lo tanto sino transcurre el plazo prescrito exigido por el art. 65 inc. 3 CP, no se produce la prescripción de la pena y por ende debe rechazarse el recurso de casación planteado. (Voto Dr. Nanclares)”

Expte.: 13028467919 - F. C/ SANTIAGO GONZALO DAVID HOMICIDIO CULPOSO CASACION

Magistrado/s: VALERIO - NANCLARES – PALERMO. Ubicación: LS530-057.

b-CNCP

- Calderón Felix Guillermo. 2006

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro.

(A.E.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-04467580-8/1((018602-68587)) FC/ RAMOS RIVERO JULIO ROBERTO P/ROBO AGRAVADO (68587) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104548805*

En Mendoza, a los dos días del mes de julio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04467580-8/1, caratulada "FC/ RAMOS RIVERO, JULIO ROBERTO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO ... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. JORGE H. NANCLARES y tercero DR. PEDRO J. LLORENTE.

La defensa del imputado Julio Roberto Ramos Rivero interpone recurso de casación contra la resolución de fecha 09/08/2018 (constancia de fs. 712), en tanto se rechazó el pedido de prescripción de la pena oportunamente peticionado; pronunciamiento dictado en autos N° P-68.587/09 por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de esta Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

El tribunal a quo resolvió del modo antes señalado, en tanto «no encuentr[a] razones para apartar[se] del texto legal, del texto del **art. 66** que establece desde cuándo se debe contar la prescripción de la pena. Tenemos que la sentencia de la Sexta Cámara del Crimen por el cual se lo condenó a Julio Roberto Ramos Rivero a la pena de seis años y ocho meses data del 7 de diciembre del 2012. [...] la Corte [...] confirma la sentencia de la Cámara. Lo que hace la Cámara es cumplir con el dispositivo legal del **art. 65, inc. 3 y el art. 66 que establece que desde la notificación al reo [...] la sentencia firme o del quebrantamiento de la condena**. Lo que se ha discutido mucho en doctrina y se ha resuelto en alguna jurisprudencia es si debe notificarse al condenado o al defensor [...], **pero ningún autor [...] dice[...] que hay que retrotraer la forma de computar a la fecha de la sentencia originaria**. No, desde el momento en que la sentencia originaria es exigible, es cuando el superior tribunal ha confirmado la sentencia. Por lo tanto, la fecha en que debe contarse, que debía contarse el resto de la pena a cumplir, que son cuatro años y siete meses, ahora habrían ya transcurrido ciertos meses, es desde el 12 de diciembre del 2017, es decir desde el 12 de diciembre del 2017 es la fecha en que interpreto que debe completarse el saldo que le quedaba por cumplir de la pena privativa de la libertad [...]. También este es el criterio que ha resuelto la CNCP en el año 2006 en el fallo "**Calderón, Félix Guillermo s/ recurso de casación**".

Los autores que yo mencioné [...] han sostenido que **debe contarse como fecha para cómputo de cumplimiento de pena la fecha en que se notifica al condenado o al reo la sentencia confirmatoria del fallo**, de nuestra Cámara en este caso. Por lo tanto, voy a rechazar el pedido de prescripción de la pena solicitado por el Dr. Sergio Salinas [...]» (constancias audiovisuales, desde 00:25:14 hasta 00:31:12).

2.- Recurso de casación

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, incisos 1° y 2° del C.P.P., por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Entre los vicios sustantivos, señala que en la resolución impugnada se ha aplicado erróneamente el art. 65 del C.P., puesto que se ha realizado un incorrecto cómputo del plazo al cual Ramos Rivero fue condenado.

Ello, debido a que –según sostiene– no se le ha descontado el tiempo de privación de libertad que cumplió estando en prisión preventiva.

Asimismo, considera que se ha interpretado incorrectamente el momento a partir del cual la prescripción de la pena comienza a correr.

En ese orden, sostiene que el a quo entendió que **la prescripción de la pena empezó a correr desde que fue notificada la sentencia de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza** –que confirmó la sentencia de Cámara del Crimen– **y no desde el día en que la sentencia de Cámara fue dictada originariamente**. Desde el punto de vista formal, sostiene que el a quo se ha apartado de lo dispuesto por los arts. 155 y 416, inc. 4° del C.P.P., en tanto exige la motivación de la sentencia.

Entiende que la resolución impugnada carece de motivación suficiente y de valoración en su justa medida, por lo que resulta arbitraria.

Cita doctrina y jurisprudencia en respaldo de su posición y formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General considera que el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ramos Rivero debe ser rechazado formalmente, en tanto la presentación no es más que una declaración de principios sin concreción de agravios.

Sin perjuicio de ello, sostiene que también debe ser rechazado sustancialmente, toda vez que las normas mencionadas por el recurrente no han sido erróneamente interpretadas y la resolución cuestionada se encuentra debidamente motivada.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Julio Roberto Ramos Rivero, en razón de no verificarse en la resolución impugnada ninguna de las falencias denunciadas. Paso a explicarlo.

Tal como surge del escrito recursivo, la cuestión a dilucidar en esta instancia se circunscribe a determinar si:

- a) se ha operado la prescripción de la pena impuesta al imputado;
- b) el cómputo de pena se ha efectuado o no correctamente; y
- c) la resolución impugnada se encuentra o no debidamente motivada.

En consecuencia, ese será el orden en que se abordará el planteo casatorio sometido a estudio.

a) Sobre la **prescripción de la pena impuesta**.

El recurrente sostiene que el a quo ha interpretado incorrectamente el **art. 66 del C.P.**, en tanto el punto de partida para computar la prescripción de la pena resulta ser la sentencia condenatoria original y no la dictada por la Corte Suprema confirmando la primera.

Sin embargo, no comparto tal apreciación.

Por el contrario, entiendo que el juez del Tribunal Penal Colegiado ha aplicado correctamente el criterio aludido, conforme a la postura que he sostenido en el fallo “**Santiago**” y a la que ha mantenido este Cuerpo, en voto mayoritario, en los precedentes registrados en LS 214-045; LS 281- 016; LS 297-263 y LS 434-145.

En ese orden, corresponde señalar que el instituto de la prescripción remite a dos fases distintas del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. La primera de ellas, referida a la etapa de persecución penal propiamente dicha y respecto de la cual opera el instituto de prescripción de la acción; y la segunda, relativa a la ejecución de la condena, en la que se aplica el instituto de prescripción de la pena, en tanto concierne al plazo dentro del cual puede ejecutarse la sanción impuesta.

Sentado ello, resta señalar a partir de qué momento finaliza el ámbito de aplicación de la prescripción de la acción y se inicia el curso de la prescripción de la pena. En ese sentido, considero que para que el término de la prescripción de la pena comience a correr es necesario que el condenado se encuentre jurídicamente obligado a cumplir la sentencia y tal deber surge con la notificación de la sentencia de condena firme.

Conforme tal postura, el término de prescripción no comienza en el momento en que la sentencia quedó firme –porque las vías impugnativas fueron rechazadas o porque no se ejercieron esas facultades dentro de los plazos legales–, sino desde la medianoche del día en que el condenado fue notificado de esa circunstancia.

Hasta ese momento, todavía corre la prescripción de la acción. En función de ello, resulta claro que la sentencia de condena “originaria” –en palabras del recurrente– no opera como punto de partida del término de prescripción de la pena, sino como un acto interruptivo de la prescripción de la persecución penal, conforme surge del art. 67, sexto párrafo, inc. e) del CP

Dicho de otro modo, hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza y sea notificada al imputado, el proceso se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la prescripción de la acción y es a partir de ese momento –en el que resulta exigible el cumplimiento o ejecución de la condena– que resultan aplicables los pautas legales propias de la prescripción de la pena. Ninguna duda cabe al respecto y así lo ha receptado la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, como puso de resalto el a quo.

En consecuencia, no caben dudas de que en el caso sometido a estudio no ha operado ni la prescripción de la acción penal ni la prescripción de la pena impuesta, como pretende el recurrente.

En efecto, el último acto interruptor del término de la prescripción de la acción se configura con la sentencia condenatoria dictada por la entonces Sexta Cámara del Crimen en fecha 02 de julio de 2012, por considerar a Julio Roberto Ramos Rivero coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 166, inc. 2°, segundo párrafo del C.P.).

En función de ello, el término máximo previsto por el Código Penal para que operara la prescripción de la acción por el delito atribuido es el de doce años, conforme lo dispuesto por el art. 62, inc. 2° del C.P., por lo que la acción penal prescribiría el 02 de julio de 2024.

No obstante ello, en fecha 23 de agosto de 2017, esta Corte emitió pronunciamiento, rechazando el recurso de casación deducido en favor del imputado y confirmando la condena oportunamente impuesta, por lo que la posibilidad de que la prescripción de la acción penal haya tenido lugar queda descartada. Una vez firme la sentencia condenatoria, por haber transcurrido los plazos pertinentes sin que se interpusiera recurso alguno, el expediente fue remitido al Tribunal de juicio a fin de que se efectuara la notificación de lo resuelto al imputado y se diera comienzo a la ejecución de la pena.

Como consecuencia de ello, y ante la incomparecencia de Ramos Rivero, la entonces Sexta Cámara del Crimen ordenó su captura y detención, las que se produjeron el 12 de diciembre de 2017, fecha en la que también se le notificó al imputado que la sentencia condenatoria impuesta en su contra había quedado firme (fs. 636). Conforme a esas circunstancias y al criterio antes esbozado, se advierte con nitidez que la prescripción de la pena tampoco ha operado en autos, puesto que su ejecución se inició el día 12 de

diciembre de 2017, sin que haya transcurrido un plazo igual al de la condena impuesta –seis años y ocho meses– desde que la sentencia firme fue notificada al imputado (arts. 65 y 66 del C.P.), considerando que ambos acontecimientos tuvieron lugar el mismo día.

En virtud de ello, comparto la solución adoptada por el a quo, en tanto se adecua a los parámetros aquí expuestos y no se advierte ninguna otra posibilidad de resolución del caso bajo análisis.

b) Acerca del cómputo de pena practicado en autos

En lo que concierne al cálculo efectuado por el tribunal de juicio a fin de determinar el momento en que operará el cumplimiento de la pena impuesta, tampoco se advierte ningún desacierto, como sugiere el recurrente. En ese sentido, basta cotejar las constancias de la causa y, específicamente, el cómputo de pena obrante a fs. 642 para corroborar que los días que Ramos Rivero se encontró privado de su libertad, en virtud de la prisión preventiva dictada en su contra en el presente expediente, efectivamente han sido tenidos en cuenta por el a quo.

Así, se consignó que Julio Roberto Ramos Rivero «fue aprehendido el día 03 de setiembre del 2009 (v. fs.3) recuperando su libertad el día 22 de setiembre del año 2011 (v. fs. 475/476), al haberse concedido el Cese de Prisión Preventiva».

Considerando que fue aprehendido el 11 de diciembre de 2017 y que la pena impuesta es de seis años y ocho meses, si no se hubiera descontado de ese monto el tiempo pasado en prisión preventiva, el cumplimiento de la sanción operaría en el mes de agosto de 2024. Sin embargo, el tribunal entendió que la fecha de cumplimiento de esa pena «operará el día 20 de julio de 2022 (Art. 24 del Código Penal)», evidentemente luego de restar el tiempo que Ramos Rivero se encontró privado de su libertad en virtud de la cautelar dictada en su contra.

En función de ello, advierto que el agravio casatorio no se sustenta en las constancias de la causa y, en consecuencia, no puede prosperar.

c) Acerca de la suficiencia de la fundamentación

En lo que concierne a la motivación de la resolución impugnada, corresponde señalar que no se observa en ella ninguna falencia que amerite su descalificación como pronunciamiento válido.

En efecto y tal como se señaló en el apartado precedente, el a quo ha dado suficientes razones, basadas en doctrina y jurisprudencia, por las cuales entendió que no correspondía hacer lugar a la petición formulada por la defensa del imputado, contestando detalladamente cada uno de los puntos sometidos a su consideración.

Asimismo, no surge de los agravios casatorios ningún argumento sólido o novedoso que conmueva el razonamiento desarrollado por el juez interviniente y la solución adoptada. Así, los cuestionamientos defensivos constituyen una reedición de los fundamentos de su petición en la instancia anterior y reflejan, tan sólo, un criterio diverso al esbozado por el a quo, basado en el rol procesal asumido, pero insuficiente para lograr el resultado pretendido en esta instancia. En consecuencia, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere por los fundamentos al voto que antecede.

Voto Dr Nanclares. Adhieren. Por su voto. Punto de partida del cómputo de la prescripción.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JORGE NANCLARES, POR SU VOTO, DIJO: Comparto la solución a la que llega mi distinguido colega de Sala, en cuanto a que corresponde rechazar el recurso de casación promovido y confirmar la resolución cuestionada.

Sin embargo, es preciso señalar la postura que, en relación al punto de partida del cómputo de prescripción de la pena, he asumido.

Al respecto es necesario tomar en consideración que la sentencia condenatoria dictada contra Julio Roberto Ramos Rivero por la entonces Sexta Cámara del Crimen fue confirmada por este Tribunal, al rechazar el recurso casatorio interpuesto, mediante el pronunciamiento de fecha 23 de agosto de 2017, conforme surge de las constancias de fs. 592/595 vta.

Dicho esto y conforme el criterio que he sostenido en los precedentes registrados en LS 214-45 y 241-378, en cuanto a que la notificación personal de la sentencia opera con su lectura, no siendo necesaria la notificación personal de ésta al imputado -de conformidad a lo dispuesto por el art. 412 del CPP-, es que no corresponde acoger al cuestionamiento esgrimido.

De tal manera, si se computa la fecha de lectura de la sentencia que confirma la condena impuesta (fs. 596), esto es el 23 de agosto de 2017, no ha transcurrido el plazo exigido por el art 65 inc. 3º del C.P., para considerar prescripta la pena y, por ello, ese punto de agravio no puede prosperar. Por lo que, como anticipé, corresponde confirmar la resolución cuestionada y rechazar la impugnación deducida por la defensa de Ramos Rivero.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JORGE H. NANCLARES Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JORGE H. NANCLARES Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 713/716 vta. de autos y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JORGE H. NANCLARES Ministro

26- PARIS HAIDER. 05-07-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
											-5°			26
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-6°	-	N	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190705_FcParis.pdf

Lex: Art. 164 del CP. Art 26 inc. 2° del CPP. Arts. 3, 12 y 27 inc. 14 de la Ley 8008.

Vox: Robo simple. Principio de oportunidad. Principio de legalidad. Solución del conflicto. Consentimiento del MPF. Dictamen vinculante. Motivación del dictamen fiscal.

Summa:

La Excma. **Primera Cámara del Crimen** de la Primera Circunscripción Judicial declaró inaplicable a la causa el principio de oportunidad solicitado por la defensa.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** considera que debe hacerse lugar al recurso de casación promovido por la defensa técnica de Walter Javier Paris Haider.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 184 y vta. dictada por la entonces Primera Cámara del Crimen y remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por la Excma. Primera Cámara del Crimen. (Hoy TPC N° 1)-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf

Si la conciliación y la reparación integral son alternativas regladas para la resolución del conflicto, quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal. Para lo cual, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos. Por lo tanto, **es una conditio sine qua non para su procedencia, la propulsiva y activa intervención del acusador público, en su rol de titular del ejercicio de la acción pública.**

Es el interés de la víctima o damnificado uno de los elementos que habrá de considerar el representante fiscal, para solicitar la aplicación del criterio de oportunidad, siempre dentro de un margen de razonabilidad, para evaluar la procedencia o improcedencia de alguno de estos institutos. Por ello, la reparación integral del daño debe ser racional, sin que pueda ser decidida de oficio por el juez sin contar con la actividad requirente del agente fiscal. Mientras que la conciliación, exige la participación y el consentimiento de la víctima.

Expte.: 13-04024478-0 - FISCAL C/ LEMOS GUERRERO RUBEN EZEQUIEL HOMICIDIO CULPOSO S/ CAS. Magistrado/s: VALERIO - ADARO – LLORENTE. Ubicación: LS572-164

- Sosa Moran. 19-09-05

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/fallo.php?fallo=05199236&ta=sc>

El Ministerio Público es el titular de la acción penal y de la pretensión punitiva, y por tanto y ante tal prerrogativa, no existe otras razones más que acogerse a la estructura del proceso penal a partir de la ley 6730; por otro lado, y en supuestos en los que el Ministerio Público solicita la aplicación de los criterios de oportunidad, ello no implica que automática e imperativamente el Tribunal deba admitir la petición.

La C.N. en el art. 18 prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, pero no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena, o de la persecución penal. Ello pone en evidencia la posibilidad de vigencia del principio de oportunidad, previsto en el art. 26 del Código Procesal Penal. (Voto del Dr. Salvini que hace MAYORIA)

“...es la norma adjetiva la que sistematiza los modos de aplicación o realización del derecho de fondo, cuando regula los supuestos, en los que el principio general - de la oficialidad o legalidad en el ejercicio de las acciones-, queda excepcionado por las previsiones contenidas en el artículo 26 del Código Procesal Penal (ley 6.730) referidas al principio de oportunidad o insignificancia.- En definitiva, dicho en otros términos, principio de legalidad (oficialidad) como regla y principio de oportunidad como excepción (Voto del Dr. Salvini que hace MAYORIA. En disidencia el Dr. BOHM)

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Nanclares.

(A.E.P.)

Fallo.

CUIJ: 13-02848783-9((012174-11392301)) FC/PARIS HAIDER WALTER JAVIER P/ROBO SIMPLE... (178400) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102871714*

En Mendoza, a los cinco días del mes de julio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02848783-9 caratulada "FC/PARIS HAIDER WALTER JAVIER P/ROBO SIMPLE (178400) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. JORGE H. NANCLARES.

La defensa de Walter Javier Paris Haider interpone recurso de casación (fs. 190/194 y vta.) contra la resolución dictada por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto declaró inaplicable a la causa el principio de oportunidad solicitado por la defensa.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La resolución de la entonces Primera Cámara del Crimen (fs. 184 y vta.) rechazó la aplicación del principio de oportunidad previsto por el art. 26 inc. 2° del CPP, es decir, la suspensión de la acción penal por solución del conflicto.

Para así resolver, tomó en consideración que «[s]iendo jurisprudencia del Superior **“que el consentimiento del Ministerio Público es insoslayable”** para la procedencia del trámite del instituto solicitado (L.S. 433:94), sin más trámite corresponde decidir que la falta de consentimiento fiscal, más allá de que se compartan o no sus argumentos, impiden acceder a lo solicitado, debiendo continuar el trámite de la causa según su estado» (el destacado corresponde al original).

2.- El recurso de casación

Contra ese acto procesal, la defensa técnica de Walter Javier Paris Haider formula recurso extraordinario de casación. Los agravios en los que funda su impugnación se dirigen tanto contra el dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal, como contra la resolución del a quo.

a.- Agravios vinculados al dictamen emitido por el agente fiscal a fs. 183 y vta.

Luego de transcribir parcialmente el contenido del dictamen, la defensa sostiene que el Fiscal fundamentó su posición en la inconstitucionalidad del principio de oportunidad solicitado, omitiendo considerar el precedente sentado en el fallo **“Sosa Morán”**, de esta Suprema Corte de Justicia donde se rechazó un planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 26 del CPP.

El fiscal también soslayó, a su entender, el dictamen emitido por la Procuración General en aquella oportunidad, que se pronunció en el mismo sentido que este Tribunal y que delinea la posición del Ministerio Público Fiscal. En otro orden de ideas, sostiene que la interpretación realizada por el Fiscal de Cámara omite considerar el complejo entramado de normas vinculadas a la solución del conflicto, entre ellas el **art. 5 del CPP**, que establece que «[l]os Tribunales deberán resolver el conflicto surgido a

consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre los protagonistas»; y el art. 27 inc. 14 de la Ley 8.008, en cuanto dispone que «[E]l Ministerio Público Fiscal tiene las siguientes funciones: [...] Procurar la solución de los conflictos en los que intervenga, tendiendo a la conciliación positiva de los distintos intereses en aras de la paz social». En refuerzo de esta idea, cita jurisprudencia y doctrina.

b.- Agravios vinculados a la resolución de la Primera Cámara del Crimen.

La defensa cuestiona que el a quo no realizó un control de legalidad y lógica del dictamen fiscal, sino que se limitó a analizarlo externamente y considerar solamente la falta de consentimiento manifestada, para rechazar «sin más trámite» la petición.

A su entender, no cualquier rechazo -aun los arbitrarios e irrazonables- puede motivar la denegación del beneficio. En particular, el dictamen emitido en autos por el agente fiscal se aparta de la jurisprudencia del máximo Tribunal de la Provincia y de la posición asumida sobre el punto por el señor Procurador General, lo que a entender de la defensa debió ser analizado por el a quo.

En segundo lugar, advierte un yerro en el tratamiento que la Cámara del Crimen dió al proceso, dado que -siempre según la defensa- el a quo, ante un planteo de inconstitucionalidad como el que formuló la parte acusadora, debió correr vista a la defensa y resolver pronunciándose sobre el punto, en lugar de hacerlo sin aludir de manera alguna a la constitucionalidad o no del instituto, como ocurrió en autos.

Por último, sostiene la defensa que la decisión impugnada omitió considerar el valor que, para los Tribunales inferiores, tienen las decisiones de la Suprema Corte de Justicia. Cita, en apoyo de su posición, jurisprudencia de este Tribunal sobre la obligatoriedad de los precedentes.

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 211/212, el señor Procurador General contesta la vista conferida y **propone que el recurso sea acogido.**

Considera en primer lugar que el recurso procede formalmente, para luego señalar que la impugnación debe también ser acogida en lo sustancial, toda vez que el auto cuestionado rechaza la aplicación de un criterio de oportunidad, sin reparar que el fundamento que sustenta la negativa se opone abiertamente a la doctrina judicial emanada del precedente “Sosa Morán”, sin conmovir sus fundamentos.

Agrega que **la solución del conflicto constituye otra finalidad del proceso penal expresamente reconocida en el art. 5 de la ley 6.730, «[q]ue vino a ofrecer una amplitud superadora de las finalidades tradicionales del proceso penal hasta entonces reducida a la averiguación de la verdad y aplicación de la ley.**

Por lo demás, la aplicación de criterios de oportunidad en todos los casos en que sea procedente, configura una atribución del Ministerio Público Fiscal y como tal, debe ejercerla con arreglo a los criterios que rigen su actuación, según se colige de lo dispuesto por los arts. 3, 12 y 27 inc. 14 de la Ley 8.008».

Por tales razones, considera que debe hacerse lugar al recurso de casación promovido por la defensa técnica de Walter Javier Paris Haider.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa de Paris Haider, entiendo que el recurso debe ser acogido en esta instancia, ello a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

a.- De forma preliminar, corresponde señalar que en los presentes autos la defensa de Paris Haider solicitó la aplicación del criterio de oportunidad contenido en el art. 26 inc. 2° del CPP, esto es, la suspensión de la persecución penal por solución del conflicto. Sostuvo que las partes habían llegado a un acuerdo extrajudicial y acompañó copia de un convenio de pago en concepto de reparación integral, acordado entre el imputado y la víctima.

Del planteo se corrió vista al agente fiscal, quien manifestó su negativa fundada en la inconstitucionalidad del art. 26 del CPP (fs. 183 y vta.).

Consideró que los **criterios de oportunidad previstos por el art. 26 del CPP** implican una modificación y olvido de la estructura de la teoría jurídica del delito, en cuanto se apropia de institutos propios de diversos estratos jurídicopenales de fondo para considerarlos de naturaleza procesal.

Además, señaló que la solución del conflicto constituiría una causal de exclusión de la antijuridicidad, que debería ser legislada en la ley penal sustancial.

De tal modo, la ley procesal local sería inconstitucional, dado que el legislador se habría atribuido la facultad de modificar el catálogo de causas de justificación previsto por el art. 34 incs. 3, 4, 5, 6 y 7 del CP, atribución delegada a la Nación.

b.- Esta Suprema Corte de Justicia se ha expedido recientemente sobre **la naturaleza jurídica y la procedencia procesal de la conciliación, la reparación integral del perjuicio y los acuerdos reparatorios**, especies del género solución del conflicto; y ha considerado que «quien primero debe constatar y tener por acreditado que el litigio entre las partes se haya resuelto, es el representante fiscal.

Para lo cual, conforme los lineamientos de política criminal definidos por el Ministerio Público Fiscal, verificará si se encuentra satisfecha la pretensión que da vida al proceso penal, para luego, y en caso que así lo entienda, manifestar expresamente su desinterés en proseguir las instancias del proceso, peticionando ante el órgano jurisdiccional la aplicación de alguno de aquellos» (ver al respecto **“Lemos Guerrero”**).

Ello equivale a decir que para la procedencia de los **principios de oportunidad se requiere el consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal**, lo que responde a que es el sujeto legitimado para realizar consideraciones de política de persecución penal que permitan excepcionar la regla del ejercicio de la acción (art. 26, segundo párrafo del CPP).

En autos, el agente fiscal negó su consentimiento, en base a los fundamentos antes reseñados. Sin embargo, y he aquí lo decisivo para la solución del recurso, por una parte el **dictamen fiscal no se encuentra debidamente motivado**, y por otro la Primera Cámara del Crimen omitió realizar el debido control de legalidad y logicidad del mismo, para el que está llamada por imperio del art. 167 del CPP. Por el contrario, se limitó a considerar que correspondía el rechazo de la petición defensiva en atención al carácter vinculante del dictamen fiscal que denegaba su consentimiento.

c.- En el caso en tratamiento, el **dictamen fiscal no se encuentra debidamente fundado**.

Por una parte, omitió toda referencia a las circunstancias del caso concreto, y por otro se basó en la pretendida inconstitucionalidad del instituto de la solución del conflicto, en contra de la jurisprudencia de este Tribunal pronunciada a partir de **“Sosa Morán”** y de la propia posición del Procurador General del Ministerio Público Fiscal, quien así lo manifestó al emitir dictamen sobre el recurso de casación de la defensa.

El dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal en estos términos no se encuentra adecuadamente fundado en la ley, en tanto descartó la aplicación de un criterio de oportunidad contenido

en el art. 26 del CPP en base a su opinión personal según la cual hacerlo contraría la Constitución Nacional, mas no planteó la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

El señor Procurador General sostuvo a fs. 211/212 que el fundamento seguido en el dictamen del Fiscal de Cámara «[...] se opone francamente a la doctrina judicial emanada del reconocido precedente “SOSA MORÁN”, donde V.E., por voto mayoritario y con opinión coincidente del suscripto, declaró la constitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 26 del Código Procesal Penal» y agregó que «[...] la inteligencia contraria a dicho precedente ofrecida por el Sr. Fiscal de Cámara en lo Criminal, no conmueve en modo alguno los fundamentos de tal precedente, puesto que la aplicación del susodicho criterio de oportunidad no persigue per se la extinción de la acción penal, sino la suspensión de su ejercicio, facultad expresamente reconocida en la legislación vigente, según resulta de lo dispuesto por los arts. 8, última parte y 26 segundo párrafo del Código Procesal Penal».

Por último, señaló que la solución del conflicto constituye otra finalidad del proceso penal expresamente reconocida por el art. 5 del CPP. Por su parte, la entonces Primera Cámara del Crimen omitió todo análisis de legalidad y razonabilidad del dictamen fiscal.

La resolución carece de fundamentos: la cita de la jurisprudencia «sin más trámite» para resolver un caso sometido a tratamiento no constituye una argumentación suficiente a los fines de tener por válida la motivación de la resolución, si no se explican las características comunes que comparte el caso con el precedente.

Es decir, la decisión adolece de falta de fundamentación, es arbitraria, y la consecuencia jurídica que sigue de ello es la nulidad (conf. arts. 155, 474 inc. 2 y 486 del CPP; y L.S. 186-427; 153-011; 354-218).

El análisis efectuado permite arribar a la conclusión de que la decisión de la Primera Cámara del Crimen se encuentra infundada, en tanto se expidió sobre la solución del conflicto planteada en base a la falta de consentimiento fiscal, **mas omitió analizar la motivación de su dictamen.**

En consecuencia, y conforme a lo dispuesto por los arts. 155 -en relación con el auto del Tribunal- y 167 -en cuanto al dictamen fiscal- del CPP, se tiene por acreditada la falta de fundamentación de los actos procesales mencionados y la existencia del vicio in procedendo alegado por la defensa, por lo que corresponde anular la resolución impugnada (arts. 474, 485 y 486 del CPP).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Nanclares. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y JORGE H. NANCLARES adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la resolución obrante a fs. 184 y vta. dictada por la entonces Primera Cámara del Crimen, y remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y JORGE H. NANCLARES adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:
Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso y, en consecuencia, anular la resolución obrante a fs. 184 y vta. dictada por la entonces Primera Cámara del Crimen y remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado.
- 2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese.

27- OLMEDO SOSA. 14-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AI	PCE IA	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190814_FcOlmedo.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2 y 167 inc. 2 del CP; 20 ter CP; 416 inc. 4° CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Poblado y banda. Derecho de defensa en juicio. Violación del debido proceso. Principio contradictorio. Falta de testimonio de la víctima en el debate. Modificación de plataforma fáctica por parte del Tribunal. Reconocimiento impropio. Sentencia carente de motivación. Fundamentación. Sana crítica. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó a Ximena Lucila Olmedo Sosa a la pena de **cinco años de prisión e inhabilitación absoluta** como autora del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en lugar poblado y en banda.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación promovido por la defensa oficial de Ximena Lucila Olmedo Sosa a fs. 219/233 vta. Anuló el debate realizado, remitiendo la causa al TPC N° 1 - 1° CJ para que emitan nuevo pronunciamiento.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 406, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.-

Parágrafo destacado

De esta manera entiendo que el recurso formulado debe prosperar por cuanto la resolución impugnada no ha respetado el **principio de razón suficiente** conforme el cual el razonamiento del juez debe estar constituido por inferencias razonables, deducidas de las pruebas, y de una sucesión de conclusiones que en base a ellas se van determinando.

En el caso de autos, como se señaló, el juez extrajo de los elementos de convicción incorporados conclusiones que no se compadecen con su contenido, violentando el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, motivo por el cual corresponde contestar en forma afirmativa a la primera cuestión.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro

(G.Q.)

Fallo.

CUIJ: 13-04733864-0/1((018601-39397)) FC/ OLMEDO SOSA XIMENA LUCILA P/ ROBO AGRAVADO (39397) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104810854*

En Mendoza, a los catorce días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04733864-0, caratulada "F. C/ OLMEDO SOSA XIMENA LUCILA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 219/233 vta., la defensa oficial de Ximena Lucila Olmedo Sosa, promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 406 obrante a fs. 215 y vta. de fecha 17 de diciembre de 2.018, y sus fundamentos brindados en forma oral, en tanto condena a la nombrada a la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta como autora del delito de robo agravado por el uso de arma impropia en lugar poblado y en banda (166 inc. 2 y 167 inc. 2 del CP).

El pronunciamiento fue dictado por el Dr. Rafael Alfonso Escot, integrante del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en autos N° P 39.397/18.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso, establece que «[...] podemos dar por acreditado que el día 13 de mayo de 2.018, siendo aproximadamente las 02.30 hs en la intersección de calles San Martín y Beltrán de Ciudad, Ximena Lucila Olmedo Sosa junto a tres sujetos no identificados, abordaron un taxi de la empresa Llámenos aditamento 624, siendo éste un vehículo marca Chevrolet Corsa conducido por Mauro Alejandro Fernández Villegas. A continuación se dirigieron hacia la intersección de calles Independencia y Olascoaga de Las Heras. Seguidamente, siendo aproximadamente las 02.50 horas, mientras el rodado mencionado circulaba por calle Olascoaga detrás de la cancha de Huracán y Los Sauces de Las Heras, quien se encontraba sentado detrás del conductor le apoyó un elemento punzante en la cintura, al mismo tiempo que le manifestaba: "si no haces nada, no te va a pasar nada, vos sabés que es esto" y le exigieron que siguiera conduciendo hasta la calle Dorrego, de Las Heras. Al llegar, el conductor detuvo la marcha del vehículo, acto seguido Ximena Lucila Olmedo Sosa junto a tres sujetos aún no identificados le sustrajeron, en este caso la llave del rodado dándose inmediatamente a la fuga. La encartada fue aprehendida por los efectivos Franco Javier Mestre y Gilda Robles en las inmediaciones del lugar, minutos después de perpetrado el hecho investigado» (minuto 51:30 del registro audiovisual de fecha 17/12/18).

Para así decidir el juez valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por el Oficial Subayudante Franco Javier Mestre y la Auxiliar Gilda Francisca Robles y el resto de la prueba incorporada.

II.- Recurso de casación

A fs. 219/233vta. la defensora y la codefensora de la décimoprimer defensoría de Pobres y Ausentes promovieron recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 2 del CPP.

Refieren el hecho atribuido a su asistida, detallan que a la audiencia de debate comparecieron a prestar testimonial los efectivos policiales Franco Mestre y Gilda Robles, sin embargo no fue posible para la defensa escuchar e interrogar a Mauro Fernández Villegas, conductor del taxi y supuesta víctima. Expresa que en ninguna de las dos fechas programadas (7/12/18 y 17/12/18) se presentó Fernández Villegas, de tal manera su testimonio no pudo ser revisado en violación al derecho de defensa en juicio, el debido proceso y el principio contradictorio.

Señalan que, ante la incongruencia advertida por esa defensa, en especial en cuanto a la participación de su defendida y la existencia del elemento punzo cortante, se insistió en interrogar al testigo. Expresa que el acta obrante a fs. 7 fue declarada parcialmente nula, de oficio por el a quo quien la estimó improcedente a partir de la formulación de preguntas; esto por entender que las mismas no habían podido ser controladas por la defensa. Señala que en realidad nada de lo declarado por Fernández en sede de la oficina fiscal pudo ser controlado ya que nunca compareció a declarar en el debate.

Explica que la sentencia aparece como erróneamente fundada, carente de motivación o plasmando un razonamiento apartado de las reglas de la sana crítica y los principios que presiden el recto entendimiento humano sin que se observen las previsiones del art. 416 inc. 4 del CPP. Refiere que, en concreto, la crítica alude a una motivación ilegítima por haberse incluido, dentro de la actividad crítica en la que se ha sustentado la decisión, elementos convictivos incorporados al proceso de forma reñida con las garantías constitucionales que informan el derecho de defensa y el debido proceso adjetivo.

Señala que de la plataforma fáctica surgen dos tramos o etapas perfectamente diferenciables. El primero, en la zona de los Sauces y cancha de Huracán, ocasión en que cuatro sujetos desapoderaron a Fernández de su dinero y celular utilizando un arma punzante con la que lo habrían «pinchado» por detrás, objeto que aquél nunca describió, ya que no pudo verlo.

El segundo tramo, es la aprehensión de Olmedo Sosa cerca del Barrio Belgrano, a una distancia considerable del lugar en que ocurrió el primer tramo de los hechos y con un intervalo de tiempo relevante entre ambas etapas.

Considera que el único elemento de convicción que permite situar a su defendida en el lugar de los hechos es el señalamiento efectuado por Fernández después de dirigirse a la Subcomisaría Iriarte para formular la denuncia. Sin esta prueba entiende que no es posible sustentar la hipótesis fáctica y responder afirmativamente la primera cuestión planteada en el fallo en relación a la autoría y participación de su defendida, como tampoco la segunda cuestión relativa a la calificación legal atribuida a los hechos.

Agrega que en el trámite de la presente causa se advierte una importante falencia investigativa que, de no haber existido, hubiese servido para purgar la irregularidad denunciada. Considera que en la presente causa lo único que vincula a Olmedo es un reconocimiento impropio, efectuado ante los funcionarios policiales, no espontáneo, inducido por el personal policial, deleznable e inadmisibles.

Señala discordancias entre los dichos de Fernández y las manifestaciones del personal policial de manera tal que surge que el acta es falsa y su valor convictivo no es el de un instrumento público puesto que en ella se han insertado hechos falsos. Refiere que a los policías Fernández le indicó la sustracción de dinero y celular y en sede fiscal hizo referencia a la llave del vehículo.

Critica que se haya valorado en la sentencia, en perjuicio de su defendida, las manifestaciones vertidas por Fernández en la declaración de fs. 7/9 de autos. Señala que la insistencia en interrogar al testigo por cuanto del acta de denuncia de fs. 7 se advierte una manifiesta incongruencia con lo declarado por los efectivos policiales, en especial en cuanto a la participación de su pupila en el hecho y la existencia del elemento punzo- cortante ya que el denunciante mencionó la existencia de una «punta» pero, luego

afirmó no haber visto el elemento. Refiere que ante la incomparencia del denunciante y la solicitud de tener por incorporada la testimonial de fs. 7, la defensa se opuso y el tribunal dispuso la nulidad parcial del acta de denuncia invalidándola a partir de la formulación de preguntas al denunciante por considerar que no habían podido ser controladas por la defensa.

Entiende que la sentencia luce como erróneamente fundada sin motivación y con un razonamiento apartado de las reglas de la sana crítica racional y los principios que presiden el recto entendimiento humano.

Pone de resalto que a su defendida no se le halló al momento de la aprehensión ninguno de los elementos sustraídos a Fernández.

Formula reserva del caso federal.

III. Dictamen del señor Procurador General

A fs. 240/241 se expide el Procurador General quien, luego de analizar los agravios defensivos, expresa que el recurso no resulta sustancialmente procedente, por lo que debe confirmarse la validez de la sentencia impugnada. Entiende que el a quo contó con elementos de convicción suficientes para llegar al grado de certeza requerido en este estadio procesal para condenar a la imputada. Expresa que el tribunal declaró nulo el interrogatorio dejando vigente el acta solo en relación a la denuncia formulada, la que fue plenamente ratificada por las declaraciones de los funcionarios policiales. Agrega que la defensa no se opuso, ni cuestionó, la incorporación de la denuncia, de manera tal que fue legítimamente valorada por el sentenciante.

Considera que el uso de una «punta» se encuentra debidamente acreditado, ya que desde el inicio de la investigación la víctima claramente señaló que sintió que le pinchaban la espalda, esto es que la amenazaban con un objeto punzocortante por lo que se pudo consumir el hecho delictivo.

En relación a la res furtiva refiere que el tribunal de sentencia tuvo presente que aunque los autores del hecho no sustrajeron dinero, se llevaron la llave del rodado no advirtiéndose contradicciones en este punto.

Respecto a la autoría considera que el reconocimiento de la imputada por parte de Fernández fue espontáneo y que las afirmaciones en cuanto que aquél fue inducido no tienen asidero. Por otra parte refiere que la sentencia no sólo se basó en ese reconocimiento sino que se hizo referencia a la total identidad entre la descripción formulada por Fernández en relación a la vestimenta y lesión en el ojo que presentaba la agresora y las características de Olmedo al momento de ser aprehendida.

Por ello, y al no advertir que se configuren los vicios alegados, entiende que corresponde el rechazo del recurso de casación y la confirmación de la sentencia impugnada.

IV- La solución del caso

Voto Dr. Palermo Preopinante

Examinado el recurso de casación promovido y la sentencia criticada, anticipo mi opinión en el sentido de que corresponde hacer lugar al primero de los nombrados y en consecuencia anular la sentencia condenatoria por las razones que a continuación paso a exponer.

De forma preliminar resulta necesario tener presente que a Ximena Lucila Olmedo, se le atribuyeron y notificaron los hechos objeto de la presente causa encuadrados como robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda. Ello se sustentó en la denuncia formulada por Mauro Fernández Villegas, como también el acta de procedimiento de fs. 1, la aprehensión de la nombrada, la ratificación de actuaciones de los efectivos policiales que intervinieron y la descripción

morfológica y de vestimenta de la aprehendida. Al informársele la plataforma fáctica atribuida se le señaló que ella, junto a otros tres sujetos, sustrajeron: un teléfono celular de color blanco número de línea 2616983445 de la empresa Claro y dinero en efectivo (ver al respecto fs. 34)

Tal atribución de hechos, en relación a las circunstancias de modo en que se llevó a cabo aquel y los objetos de los que fue desposeído el denunciante Mauro Alejandro Fernández, se mantuvo inalterada al requerirse prisión preventiva (fs. 103) de la acusada como así también, al formularse requerimiento de citación a juicio y, finalmente, también en los alegatos, al presentar el representante del Ministerio Público Fiscal su hipótesis acusatoria (minuto 10:42 del registro audiovisual del debate de fecha 17/12/18).

De lo expuesto se sigue que le asiste razón a la recurrente en cuanto a que el sentenciante modificó los hechos asignados, al variar los objetos que la imputada, junto al resto de los sujetos no habidos, se habría apoderado. En efecto, como se reseñó, a partir del minuto 51:30 del registro audiovisual es posible advertir que el juez al fijar la plataforma fáctica estableció que el objeto del cual se habrían apoderado Olmedo Sosa y sus compañeros fue la llave del rodado, asignando por otro lado a ese desposeimiento una finalidad que no surge de las constancias de la causa, al afirmar que la sustracción de la llave obedeció a la frustración de no haber podido llevarse los otros elementos (ver minuto 48:54 del registro audiovisual de la audiencia del día 17/12/18). Tal variación entre el hecho intimado y el finalmente atribuido vulneró indudablemente el derecho de defensa de Ximena Lucila Olmedo Sosa puesto que la modificación operada resultó absolutamente sorpresiva y dejó sin posibilidad de que la imputada y su defensa establecieran estrategia alguna que le permitiera elaborar una tesis defensiva eficaz. Pero, además, tal afirmación no se compece con las pruebas incorporadas al debate, esto es las testimoniales de los efectivos policiales actuantes, ni el resto de los elementos de convicción.

En efecto, tanto Franco Mestre como Gilda Francisca Robles (minuto 06:42 y 19:21 del registro audiovisual de la audiencia de fecha 7/12/18) afirmaron que cuando salieron de Subcomisaría Iriarte cuando se les puso a la par un taxi. Particularmente, y en lo que aquí interesa, debe destacarse que Gilda Robles señaló que el taxista les dijo que le habían robado un celular y dinero de la recaudación. De lo expuesto se desprende que el taxista Mauro Fernández no se vio privado de la llave del vehículo que conducía puesto que, caso contrario, no habría podido dar arranque al mismo y concurrir a la dependencia policial. Debe destacarse que, además, al señalar los objetos sustraídos, Fernández no mencionó la llave. Aparece así una vez más, contradictoria la plataforma fáctica fijada con las constancias acreditadas de las pruebas rendidas en el debate surgieron.

No pasa inadvertido al suscripto que el cambio en el objeto del delito operó a raíz de la decisión del a quo de nulificar, en parte, el acta de fs. 7. Efectivamente, ante la imposibilidad de hacer comparecer al denunciante Mauro Alejandro Fernández Villegas, la solicitud del representante del Ministerio Público Fiscal de incorporar toda la prueba instrumental señalada al momento del ofrecimiento de pruebas (minuto 01:55 del audio y video de fecha 17/12/18, ver fs. 171) y la oposición de la defensa por no haber podido interrogar a Mauro Fernández el a quo sostuvo que, conforme la jurisprudencia de la CSJN, «lo que prohíbe nuestro ordenamiento jurídico y lo que ha dicho la Corte, es incorporar testimoniales en la medida en que no han podido ser controladas por las partes» (minuto 04:32 del registro audiovisual de la audiencia de fecha 17/12/18). Afirmó además que el acta de denuncia tiene dos partes: por un lado, la denuncia; y, por el otro, a partir del interrogatorio, resulta la declaración testimonial, admitiendo que la defensa no pudo en ningún momento controlar tal prueba.

Considero, por un lado, que acierta la defensa técnica de la imputada en cuanto a que en el caso traído a examen la ausencia de posibilidad de interrogar a Mauro Fernández no ha permitido que Ximena Olmedo se defienda en relación a las circunstancias modales en que se llevó a cabo el hecho, y de tal manera, una vez más se ha violentado el ejercicio del derecho de defensa por parte de la acusada.

Por otro lado, la invalidez del acta de fs. 7 derivó en una falaz interpretación del hecho acontecido y una modificación en relación a los objetos sustraídos que fueron mutados sin que la imputada tenga ocasión de defenderse y sin que se compadezca con las constancias de la causa cuya incorporación no fue resistida por la defensa ni desechada por el a quo. Nótese al respecto que, incluso en la parte del acta de fs. 7 que a criterio del sentenciante resulta válida, Mauro Fernández menciona que le dijo al sujeto que lo abordó y estaba ubicado a su lado que «el sujeto detrás de mí ya me había robado toda la recaudación» (ver fs. 7 vta.).

De esta manera entiendo que el recurso formulado debe prosperar por cuanto la resolución impugnada no ha respetado el principio de razón suficiente conforme el cual el razonamiento del juez debe estar constituido por inferencias razonables, deducidas de las pruebas, y de una sucesión de conclusiones que en base a ellas se van determinando.

En el caso de autos, como se señaló, el juez extrajo de los elementos de convicción incorporados conclusiones que no se compadecen con su contenido, violentando el debido proceso y el derecho de defensa en juicio, motivo por el cual corresponde contestar en forma afirmativa a la primera cuestión.

Por las razones precedentemente expuestas y oído el Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Ximena Lucila Olmedo Sosa debe ser acogido y la sentencia impugnada anulada. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Valerio y Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento el resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación de fs. 219/233 interpuesto por la defensa oficial de Ximena Lucila Olmedo Sosa.

En consecuencia, corresponde anular el debate realizado y la sentencia recurrida N° 406, y sus fundamentos brindados en forma oral, debiendo remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado (arts. 485, 203 y cc del CPP).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación promovido por la defensa oficial de Ximena Lucila Olmedo Sosa a fs. 219/233 vta. Y, en función de lo expuesto, anular el debate realizado, la Sentencia N° 406 y sus fundamentos brindados en forma oral, debiendo remitir la presente causa al Primer Tribunal Penal Colegiado de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley y se emita un nuevo pronunciamiento, conforme al resultado aquí arribado (arts. 485, 203 y cc del CPP).

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

28- ROMERO DIAZ. 15-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	SJP	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190815_FcRomero.pdf

Lex: art. 76, 76 bis CP; 30 CPP; art. 474 incs. 1° y 2° CPP; art. 155 CPP; 167 CPP

Vox: SJP. Suspensión del juicio a prueba. Consentimiento fiscal. Fundamentación del dictamen fiscal.

Summa:

El **TPC** dispuso suspender el procedimiento a prueba solicitado por la defensa de Romero Díaz, por los delitos de abuso de armas y robo agravado por el uso de arma de fuego no habida, por el término de un año.

El **titular de la Fiscalía de Instrucción N° 23** de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados plantea recurso de casación contra la resolución pronunciada por el TPC N° 1 de la 1° CJ en cuanto otorgó a Sergio Sebastián Romero Díaz la suspensión del juicio a prueba solicitada, por el término de un año. Afirma que la misma fue otorgada a pesar de la falta de consentimiento fiscal, lo que a criterio del impugnante genera vicios in procedendo e in iudicando en la resolución cuestionada (art. 474 incs. 1° y 2° CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Instrucción de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del MPF.

Resolución cuestionada: *Auto dictado por el TPC N°1-1° CJ*

Precedentes citados

a-SCJM

«Moreno Frías» (01-12-17) ; «Díaz Castro» (24-07-20); «Rosales Fernando» (14-08-18) ; «Cargnelutti Martin» (21-03-18); «Crecitelli Flieger» (14-12-17); «Bustos Baldor» (09-03-12), «Ramón Mayorga», «González Farías» (26-12-18), «Entre Ríos Oliva» (27-12-13), «Rodríguez Rosales», «Torres, Héctor Emilio» (27-12-18), «Cabrera Moyano» (14-11-22), «Luján Orellana» (16-05-19); «Lemos Guerrero» (28-11-18), «Estrella» (29-06-17), «Luna Amaya» (18-04-18), «Ramos Sevilla» (04-04-19), «Bernales Vargas»

Doctrina citada

-BOVINO, A., LOPARDO, M. y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica, Editores del Puerto SRL, 2013, pág. 314/315

-BORJA JIMÉNEZ, E.; Curso de Política Criminal; Valencia, 2003

-MIR PUIG, S., Derecho penal parte general, 7° edición, BdeF, 2004

-CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional, Revista Ius et Praxis - año 14 - N° 1:13 -48, 2008

Precedentes relacionados

- Torceta Sanjurjo (19-12-19); Reyes Lara (17-08-22); Córdoba Arteaga (16-09-21); Guajardo (22-09-22).

<https://jusmendoza.gov.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

Parágrafos destacados:

“Las razones por las cuales el dictamen fiscal debe efectuarse de manera fundada para operar como límite a la facultad jurisdiccional de conceder o no la suspensión del juicio a prueba, son de diferente orden y exceden el objeto de esta resolución. Baste en esta oportunidad señalar que, al menos, existen dos motivos para exigirlo. En primer lugar, existe un deber procesal expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica ... en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal. En efecto, el mandato procesal contenido en el art. 167 del CPP ...pretende hacer operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este caso, a efectos de evitar arbitrariedad en el ejercicio de la acción pública.”

“En supuestos como el presente, esto implica que el funcionario debe dar a conocer las razones en virtud de las cuales toma la decisión de prestar o no su consentimiento para la suspensión del juicio. La adopción de una actitud preventiva por parte de los jueces impide consagrar arbitrariedades al exigir una motivación plena y suficiente a la posición del fiscal. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.”

“En un segundo orden, la garantía del derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de **evaluar las razones del dictamen**, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo”. (Voto Dr. Adaro).

“Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustento y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», ..; «Estrella», ..; «Luna Amaya», ..; y recientemente «Ramos Sevilla», ...1, entre otros). A mi entender, **el agente debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal**, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.” (Voto Dr. Valerio)

“Lo dicho no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al tribunal ni integra el «consentimiento» requerido legalmente; es decir, **no es considerado vinculante**. Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí **vincula al tribunal, es el análisis sobre «la conveniencia de la suspensión»** (conf. «Bernales Vargas», «Sánchez», «Cruzate», «Pérez Martín», «Moreno Frías»...).(Dr. Palermo. Disidencia)

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio (por su voto). Palermo (Disidencia).

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-04817227-4/1((018601-26730)) FC/ ROMERO DIAZ SERGIO SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO (26730) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104897825*

En Mendoza, a los quince días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04817227-4/1 caratulada “F. c/ ROMERO DÍAZ, SERGIO SEBASTIÁN P/ ROBO AGRAVADO (26730) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 154/159 vta. se presenta el Dr. Gonzalo Marzal, Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados, y plantea recurso de casación contra la resolución pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado en cuanto otorgó a Sergio Sebastián Romero Díaz la suspensión del juicio a prueba solicitada, por el término de un año, en los presentes autos N° P-26.730/12. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La decisión del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial impugnada concedió la suspensión del juicio a prueba solicitada por la Sexta Defensoría Oficial en favor de los acusados Diego Javier Silva y Sergio Sebastián Romero Díaz. En lo pertinente para la resolución del recurso -que, como se verá, solamente cuestiona la decisión respecto del último de los nombrados- el Tribunal dispuso suspender el procedimiento a prueba en las causas N° P-22965/14 y P26730/12 seguidas a instancia fiscal contra Romero Díaz, por los delitos de abuso de armas y robo agravado por el uso de arma de fuego no habida, por el término de un año. Asimismo, determinó las reglas de conducta que debían cumplirse durante ese período de tiempo.

Para resolver de ese modo, el a quo evaluó los motivos por los cuales el fiscal negó su consentimiento para la suspensión solicitada por la defensa de Romero Díaz. En particular, sostuvo que el argumento fiscal según el cual los hechos atribuidos al acusado eran muy graves era contradictorio con la calificación asignada a los mismos en el requerimiento de citación a juicio, lo que impedía considerar al argumento un fundamento válido. Por otra parte, afirmó que la resolución de Procuración General invocada por el fiscal es de fecha posterior a los hechos, por lo que –conforme al art. 2 del CPP– no podía ser aplicada al caso –v. resolución, fs. 149/150–.

Del registro audiovisual de la audiencia preliminar en la que se resolvió la cuestión (archivo “P-26730-12 Y AC. ROMERO DIAZ-AUDIENCIA PRELIMINAR-23-05-2019.wmv”) surge que el a quo también refirió que, conforme a la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, el consentimiento fiscal es un requisito para la procedencia del instituto en cuestión –min. 03:15 y ss.–, criterio respecto del cual, sin embargo, debían efectuarse dos consideraciones.

En primer lugar, señaló que si bien la facultad de dictar resoluciones administrativas por parte del titular del Ministerio Público Fiscal no puede ser objetada pues está reconocida jurídicamente, es necesario conocer los motivos por los cuales éstas se implementan. Sostuvo que existe un pronunciamiento reciente

de este Tribunal –que no individualizó– que establece que la decisión del fiscal no debe ser motivada – simplemente se le pide la opinión– para los supuestos de insignificancia, lo que según su modo de ver rompe con el esquema de la Constitución Nacional que establece un sistema republicano de gobierno, lo cual implica una separación de poderes en los que cada uno tiene un ámbito de competencia y controla a otro. Para ejercer ese control –afirmó– la ciudadanía debe conocer los motivos por los cuales las autoridades, legisladores y el Poder Judicial llevan adelante cualquier tipo de decisión que tomen, mediante la expresión de sus fundamentos. La razón de ser del deber de motivación es, entonces, de orden constitucional.

A partir de esta premisa construyó el siguiente razonamiento: en tanto los fundamentos de la resolución de Procuración General invocada por el Fiscal para negar su consentimiento no fueron expuestos en la audiencia, no pudo ser evaluada su racionalidad y, como consecuencia, tampoco puede interpretarse algo desconocido por el juez en contra del imputado, según lo establecen el art. 2 del CPP, los pactos internacionales de derechos civiles y políticos del hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos. A esta razón republicana, refirió, se agrega un deber de los jueces de efectuar un control de convencionalidad de todas las disposiciones de orden interno, de manera tal que las resoluciones internas sean respetuosas de esos pactos. En este sentido, la interpretación en favor del imputado es un principio fundamental del derecho penal que no puede ser dejado de lado en virtud de una resolución de la Procuración General.

Consideró que la falta de fundamentos de la mencionada resolución también vulnera los principios de control y adversarial que rigen este tipo de audiencias, en las que el acusado debe conocer de qué se defiende y los motivos a partir de los cuales el Ministerio Público Fiscal pretende destruir su presunción de inocencia –v. registro audiovisual, min. 03:30 y ss.–.

En segundo lugar, el a quo afirmó que la resolución de Procuración General invocada por el Fiscal fue dictada con posterioridad a los hechos investigados. También sostuvo que el paso del tiempo transcurrido desde que ocurrieron los sucesos no es un dato irrelevante y debe ser tenido en consideración no sólo al momento de imponer una pena sino también en cuanto al sometimiento al poder investigativo del Estado que supone para los acusados. Consideró que las causas investigadas no son complejas, ni fue alegado que lo fueran, y que no se explica que no hayan sido elevadas a juicio con anterioridad.

El paso del tiempo, más allá de no implicar en el caso la prescripción de la acción, sí tiene incidencia en aspectos procesales, pues el Estado no puede mantener un estado de sospecha de manera permanente sobre los acusados. Por otra parte, refirió que la gravedad de los hechos en sí tiene un correlato objetivo dado por la calificación legal que se les asigna al momento de resolver y que en este caso es la de abuso de arma, según el requerimiento de citación a juicio. Esta figura, sostuvo, es una menor que permite la suspensión del juicio a prueba –registro audiovisual, min. 08:00 y ss.–.

Tampoco podía, a su entender, dejarse de lado que después de la comisión de los hechos atribuidos en las causas en tratamiento los acusados no han sido sindicados como autores de nuevos hechos delictivos, lo que significa una reconsideración en su forma de proceder que no explica la necesidad de imponerles una pena.

Expresó que la pena tiene un fin, que no puede ser escindido de su esencia, que a partir de la incorporación de los pactos internacionales en nuestro sistema es la resocialización de las personas a ser penadas. La conducta posterior de los acusados muestra, al menos, una toma de conciencia respecto de no cometer delitos y debe ser entendida como una resocialización. Imponer una pena, siete años después del hecho,

pierde doblemente su legitimación: por un lado, por el paso del tiempo y, por otro, porque no cumpliría el fin propuesto.

El Estado, señaló, no puede proceder de manera irracional, sino que debe proveer motivos y actuar según una utilidad en cada decisión que tome –registro audiovisual, min. 12:10 y ss.–. Por último, señaló que el instituto en cuestión tiene por objeto evitar la prisionalización por delitos con escalas penales bajas, dados los efectos negativos que acarrea el sometimiento a prisión. Expresamente sostuvo que someter a prisión a personas que nunca lo han estado conlleva un efecto negativo frente al fin que se pretende alcanzar con la pena, debiendo utilizarse el derecho penal como una última medida del Estado para solucionar conflictos –registro audiovisual, min. 16:00 y ss.–.

2.- Recurso de casación

La Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados plantea recurso de casación contra la concesión de la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa respecto de Sergio Sebastián Romero Díaz. Afirma que la misma fue otorgada a pesar de la falta de consentimiento fiscal, lo que a criterio del impugnante genera vicios in procedendo e in iudicando en la resolución cuestionada. Por una parte, afirma que el a quo aplicó erróneamente la ley sustantiva, en particular los arts. 76 y 76 bis del CP en cuanto a la necesidad del mencionado consentimiento fiscal para la procedencia de la suspensión.

Por otra parte, sostiene que el vicio procedimental surge de la remisión del art. 76 del CP a las disposiciones de la legislación procesal en materia de suspensión del juicio a prueba, que torna aplicables los arts. 30 y 31 del CPP que requieren el consentimiento fiscal para la concesión del instituto solicitado. Asevera que, expresamente, el Ministerio Público Fiscal se opuso a la petición defensiva por considerar que la intervención del imputado en el hecho ponía en evidencia una mayor peligrosidad, toda vez que el mismo fue quien apoyó un arma de fuego en el abdomen de la víctima para sustraerle sus pertenencias. Considera que el a quo se arrogó facultades propias del Ministerio Público Fiscal al conceder la suspensión del juicio a prueba, pues el titular del ejercicio de la acción es el Fiscal de Instrucción, que ha manifestado su intención de continuar ejercitando la acción penal. Esa voluntad, expone, no puede suplirse ni cuestionarse por parte del Tribunal pues no hace a la función jurisdiccional. Sostiene que, cuando el Fiscal no presta su consentimiento para otorgar la suspensión del juicio a prueba, es porque claramente está poniendo de manifiesto que va a continuar con el ejercicio de dicha acción. Cita en su apoyo los precedentes, registrados en LS 389-80 y LS 552-127 («Rosales Fernando» y «Cargnelutti Martin» respectivamente), por cuanto en ellos este Tribunal sostuvo el carácter indispensable de la conformidad del Fiscal para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, como consecuencia de que la persecución penal debe quedar en manos exclusivas del órgano acusador, «por lo que cuando éste expresa su oposición a la suspensión del proceso, no ejerce jurisdicción sino que manifiesta su voluntad de continuar ejerciendo la acción». Asimismo, invoca el fallo registrado en LS 546-094 («Crecitelli Fliguer»), en el que se resolvió que, cuando el Ministerio Público Fiscal no presta su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, basta con que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción penal de manera inequívoca, pues no se trata de un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de fundamentación del art. 167 del CPP, sino de una simple manifestación de voluntad de una de las partes que no requiere expresión de razones, es decir, «que no se le debe imponer al representante del Ministerio Público una conclusión fundada cuando decide continuar ejerciendo la acción penal o cuando decide no otorgar el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, atento a que el ejercicio de la acción penal es una imposición de la ley».

Cuestiona, por último, que el a quo se haya apartado de estos criterios sin brindar nuevos argumentos que justifiquen la decisión.

En otro orden de ideas, afirma que la negativa fiscal para la procedencia de la suspensión, en el caso particular se fundó en que el delito fue cometido con armas de fuego, por lo que se valoró la entidad del medio empleado para la comisión del hecho más allá de razones de política criminal y de las directivas de la Procuración General. Cita el precedente «Moreno Frías» mencionado en el fallo «Díaz Castro» (autos N° 13- 03930869-4/1 y 13-04400925-5/1 respectivamente), por haberse sostenido que el dictamen fiscal reviste carácter vinculante para el juzgador cuando deniega su consentimiento para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

En base a las consideraciones expuestas, asevera que la resolución impugnada se ha apartado de la voluntad del representante fiscal a pesar de que éste ha manifestado con claridad su intención de continuar con el ejercicio de la acción en el convencimiento de que la conducta desplegada por el acusado reviste mayor reproche y peligrosidad. La decisión del a quo excede, a entender del recurrente, las facultades jurisdiccionales y se arroga potestades que expresamente le están vedadas, no sólo por la legislación vigente sino también por los principios y garantías constitucionales expresamente reconocidos y que constituyen principios básicos del debido proceso penal.

Afirma que la negativa fiscal para la suspensión del juicio a prueba resulta un límite infranqueable para el órgano jurisdiccional y, en función de ello, el juez no puede otorgar la suspensión del juicio a prueba sin asumir facultades propias del titular de la acción pública.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 167 y 178 el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Instrucción de la Unidad Fiscal de Robos y hurtos a fs. 157/159 vta. 4.- Informe de la defensa A fs. 173/175 y vta. la defensa de los acusados solicita el rechazo del recurso fiscal y la confirmación de la decisión atacada. Afirma que la discusión llevada a cabo en la audiencia versó sobre más puntos que los cuestionados por el fiscal en su impugnación y refiere que las causas que se resolvieron en audiencia fueron originadas en los años 2014 y 2012.

Considera que el dictado de una condena de ejecución condicional, luego de haber transcurrido tanta cantidad de tiempo desde la fecha de los hechos, implica vulnerar los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena, algo que fue considerado por el a quo para hacer lugar a la petición defensiva. Asimismo, explica que la imposición de una pena en este estadio no cumpliría ningún propósito, y que el transcurso del tiempo es atribuible al acusador público. También destaca que, luego de estos supuestos hechos, los acusados no volvieron a tener otros conflictos con la ley penal. Formula reserva del caso federal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso en estudio se adelanta que, por las razones que a continuación se exponen, a mi entender corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

a.- De manera preliminar, y debido a ciertas imprecisiones en la invocación de jurisprudencia de este Tribunal advertidas en el recurso de casación planteado, encuentro pertinente realizar algunas

consideraciones en relación a las condiciones bajo las cuales el consentimiento del representante fiscal es vinculante para el juzgador.

La regulación de la suspensión del juicio a prueba en el Código Penal y en las leyes procesales ha suscitado diversas discusiones a lo largo de la historia de la institución, entre ellas la relativa a si el juez puede disponer la suspensión cuando el fiscal manifiesta su negativa para ello, así como la más general respecto del valor jurídico del dictamen fiscal, ya sea afirmativo o negativo. Este dilema involucra un debate entre los límites de las facultades jurisdiccionales y las facultades del Ministerio Público Fiscal como titular de la acción pública. Al respecto, de manera constante he sostenido que en materia de suspensión del juicio a prueba sólo el dictamen motivado del representante fiscal es vinculante para el juzgador. El órgano jurisdiccional no puede, entonces, hacer lugar a la petición defensiva cuando el fiscal no presta su consentimiento para ello y se expide mediante un dictamen razonablemente fundado.

Así lo he sostenido mediante la remisión a la propia jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia según la cual «[...] se ha fijado posición en cuanto a que el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal, en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y que no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamina en sentido negativo. Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto de procedibilidad del instituto analizado [...]» (conf. «Bustos Baldor», LS. 410-166, y sus citas, entre otros).

En función de tal criterio deben examinarse los casos traídos a conocimiento de este Tribunal, tal como lo he sostenido, con la actual integración de esta Sala Segunda, en «Moreno Frías» (CUIJ N° 13-04079446-2/1), y lo he reafirmado sucesivamente en numerosos pronunciamientos (vgr. «Ramón Mayorga», CUIJ N° 13-04052796-0; «González Farías», CUIJ N° 13-04397366-9, «Entre Ríos Oliva», CUIJ N° 13-04489033-4/1, «Rodríguez Rosales», CUIJ N° 13-04492682-7; «Torres, Héctor Emilio», CUIJ N° 13-04458384-9/1; «Cabrera Moyano», CUIJ N° 13-04453584-4; «Díaz Castro», CUIJ N° 13-04400925-5/1; «Luján Orellana», CUIJ N° 13-04111792-8/1, entre otros).

Ahora bien, el recurrente en su escrito efectúa una cita parcial del precedente «Crecitelli Flieger» (registrado en LS 546-094), específicamente de un segmento del voto mayoritario que suscribí en el que se afirmó que, cuando el Ministerio Público Fiscal no presta el consentimiento, basta con que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción penal de manera inequívoca, pues no se trata de un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de fundamentación del art. 167 del CPP, sino de una simple manifestación de voluntad de una de las partes que no requiere expresión de razones, es decir, «que no se le debe imponer al representante del Ministerio Público una conclusión fundada cuando decide continuar ejerciendo la acción penal o cuando decide no otorgar el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, atento a que el ejercicio de la acción penal es una imposición de la ley».

Sin embargo, la cita mencionada por el presentante resulta ser un recorte parcial del voto íntegro del colega de Sala al que adherí en aquella oportunidad, precisamente de expresiones que constituyen un obiter dictum adicional a la ratio decidendi del caso. La invocación fragmentada en esos términos desnaturaliza por completo el sentido de aquella decisión.

En efecto, en esa oportunidad se hizo lugar -por mayoría- al recurso planteado por el representante fiscal contra una resolución de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal que había concedido la suspensión del juicio a prueba a pesar de que el Ministerio Público Fiscal había manifestado en dictamen fundado su negativa. De forma preliminar se señaló la posición que sustentó, según la cual es el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal -en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba-

lo que resulta vinculante para el juzgador. Asimismo, se efectuó el correspondiente examen de fundamentación de la negativa fiscal emitida en aquel caso por el Ministerio Público Fiscal.

Ahora bien, la coexistencia de mi posición con el fragmento citado por el recurrente responde a que el voto de mi colega de Sala, Dr. José Valerio, al que adherí en aquella ocasión, daba cuenta de dos posiciones jurisprudenciales diversas –la suya y la que sustentó– que conducían a la misma solución para el caso y que precisamente por ese motivo conformaban la solución mayoritaria. Esa manera de manifestar el voto preopinante con la cita jurisprudencial de la posición que sostengo permitió mi adhesión, sin perjuicio de que el colega también expusiese allí su propio criterio.

Dicho con otras palabras, en el precedente «Crecitelli Fliguer» invocado por el recurrente se acogió el recurso fiscal en razón de que éste había manifestado su negativa de forma fundada para la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Esto satisfacía, por un lado, el criterio que sustentó y que fue detallado antes, y por otro, la posición del Dr. José Valerio según la cual basta con que el fiscal manifieste su posición, sin que sea necesaria expresión de motivos alguna. Las razones por las cuales el dictamen fiscal debe efectuarse de manera fundada para operar como límite a la facultad jurisdiccional de conceder o no la suspensión del juicio a prueba, son de diferente orden y exceden el objeto de esta resolución. Baste en esta oportunidad señalar que, al menos, existen dos motivos para exigirlo.

En primer lugar, existe un deber procesal expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica a mi entender en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal. En efecto, el mandato procesal contenido en el art. 167 del CPP según el cual «[l]os representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez [...]» pretende hacer operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este caso, a efectos de evitar arbitrariedad en el ejercicio de la acción pública.

En supuestos como el presente, esto implica que el funcionario debe dar a conocer las razones en virtud de las cuales toma la decisión de prestar o no su consentimiento para la suspensión del juicio. La adopción de una actitud preventiva por parte de los jueces impide consagrar arbitrariedades al exigir una motivación plena y suficiente a la posición del fiscal. Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

En un segundo orden, la garantía del derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de evaluar las razones del dictamen, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo.

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia por el fiscal interviniente advierto que la resolución pronunciada por el Primer Tribunal Penal Colegiado ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos.

En efecto, el razonamiento efectuado por el a quo tomó como premisa de base el carácter infundado de la negativa fiscal. Debido a ello, realizó consideraciones sobre el control de razonabilidad de los actos públicos y el deber de motivación de las resoluciones del Ministerio Público Fiscal y, a partir de su propio mérito de las circunstancias del caso, concedió la suspensión peticionada por la defensa. El mencionado carácter infundado del dictamen fiscal fue resultado de una crítica a sus razones.

Por una parte, consideró contradictorio el argumento fiscal según el cual los hechos atribuidos a Romero Díaz eran graves, pues se contraponía a la calificación jurídica endilgada al suceso. Por otra, desestimó la invocación de una resolución de Procuración General sobre la política criminal de persecución de hechos cometidos con armas, por no tener a disposición los fundamentos de la resolución para su control y por tratarse de una directiva emitida con posterioridad al hecho.

A partir de esas críticas señaló al dictamen como carente de fundamentos y enfatizó el deber de motivación de las decisiones estatales como consecuencia del principio republicano de gobierno y el deber de control de convencionalidad de los actos públicos.

Por último, efectuó un mérito propio de las circunstancias del caso –la actitud posterior de los acusados, el tiempo transcurrido desde el hecho, el propósito que se pretende alcanzar con la pena estatal y la finalidad del instituto de la suspensión del juicio a prueba– que lo llevó a conceder la suspensión solicitada por la defensa. Sin embargo, del estudio de las constancias audiovisuales de la audiencia en cuestión surge que el representante fiscal motivó de manera suficiente su negativa para la suspensión del juicio a prueba, de manera tal que la primera premisa del razonamiento del a quo –esto es, el carácter infundado del dictamen fiscal– es errónea. En efecto, el fiscal negó su consentimiento «no sólo por una cuestión de que existe una resolución de Procuración, de que es una cuestión de política criminal del Ministerio Público Fiscal, sino fundamentalmente (...), porque se observa en estos casos que se han utilizado armas de fuego, que han sido hechos graves. Inclusive uno comenzó -por el primer instructor- calificándose como homicidio, como tentativa de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, (...) luego finalmente ha sido calificado como un abuso de arma y así ha sido efectuado el requerimiento de citación a juicio. Pero han sido hechos graves (...) de modo tal que existe un interés por parte de este representante del Ministerio Público en que si realmente los hechos han acontecido de conformidad con el plexo probatorio que se ha logrado coleccionar a lo largo de la instrucción (...) haya una pena, y si no corresponde que no haya. Pero en el caso de que realmente se pruebe, que sea una pena lo que se deba aplicar, más allá del tiempo (...). Cuando uno comete un hecho, mientras no esté prescripto el delito (...) el Estado todavía está interesado en la aplicación de una pena. (...) Es menester dilucidar si ha habido responsabilidad y (...) que haya una pena y no la simple aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba» –v. registro audiovisual, archivo “P-26730-12 y acum. Romero y Silva. Preliminar. 23-05-19.wmv”, min. 28:50 y ss.–.

La posición fiscal manifestada en los términos citados aparece a mi entender suficientemente fundada a los efectos legales requeridos, en tanto motivó la negativa para la concesión de la suspensión de juicio a prueba en las particulares circunstancias del hecho investigado, el medio empleado para su comisión y el interés público en la persecución de delitos de estas características. Tales argumentos constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal. Por su parte, la crítica efectuada por el a quo constituye un desacuerdo con la manera de ejercer la acción pública, con el que puede en esta instancia coincidirse, pero que excede el control de razonabilidad al que está llamado. En otro orden, la consideración de que el fiscal apoyó su negativa en una resolución de Procuración General dictada con posterioridad al hecho que no podía ser aplicada en el caso por implicar la retroactividad de una ley penal más gravosa, no se encuentra libre de problemas pues presupone, por ejemplo, asumir el carácter de ley penal de las resoluciones emitidas por el Procurador General, así como la imposibilidad de éste de aplicar criterios de política criminal a hechos ya ocurridos, entre otras cuestiones. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en el caso el fiscal asignó expresamente un lugar secundario en su fundamentación a la resolución de Procuración General que brinda instrucciones respecto de la suspensión del juicio a prueba en casos de hechos cometidos con armas de fuego, tal como

surge del fragmento de la audiencia transcripto. Sólo la defensa aludió a la mencionada resolución como un impedimento para la suspensión, con el objeto de cuestionarla –v. audiencia, min. 23:45 y ss. y 28:50 y ss.–.

Lo dicho expone la existencia de vicios en el razonamiento de la decisión impugnada, que la tornan infundada. En tanto la vista conferida al representante del Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión peticionada, no correspondía que la misma fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

c.- En base a los motivos expuestos, corresponde a mi entender hacer lugar al recurso de casación planteado por el representante fiscal en la extensión en que fue planteado, esto es, solamente respecto del acusado Sergio Sebastián Romero Díaz (art. 462 del CPP).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustento y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «**Lemos Guerrero**», CUIJ N° 13-04024478-0/1; «**Estrella**», CUIJ N° 13-03899192-7/1; «**Luna Amaya**», CUIJ N° 13-04159055-0/1; y recientemente «**Ramos Sevilla**», CUIJ N° 13-04184946-5/1, entre otros).

A mi entender, el agente debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Puesto a resolver la impugnación planteada, me permito disentir con la solución a la que arriban mis colegas de Sala en razón de la postura que he sostenido con anterioridad respecto al carácter que –a mi criterio– cabe atribuir al dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal en materia de suspensión de juicio a prueba, estrechamente vinculada a los puntos de agravio manifestados por el recurrente.

En diversas oportunidades he establecido que el consentimiento del Fiscal requerido por la norma, para no inmiscuirse en la función de control de legalidad –atribución propia de la función jurisdiccional– debe tener por objeto, necesariamente, algo distinto a las exigencias legales, reservadas al control judicial.

Lo dicho no significa que el Fiscal se encuentre impedido de pronunciarse sobre los presupuestos legales, pero el pronunciamiento que emita en ese sentido no obliga al tribunal ni integra el «consentimiento» requerido legalmente; es decir, no es considerado vinculante. Lo que sí constituye la función propia del acusador público y que sí vincula al tribunal, es el análisis sobre «la conveniencia de la suspensión» (conf. «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**», «**Pérez Martín**», «**Moreno Frías**», entre otros).

En definitiva, las razones del fiscal –al oponerse o no prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión de juicio a prueba– sólo obligan al tribunal en la medida en que constituyan un concreto juicio de oportunidad político-criminal, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los

recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional.

Así, «Si el fiscal no opone ninguna razón legítima sobre la conveniencia político-criminal de suspender el procedimiento, el tribunal debe considerar que existe “consentimiento” (pues a ello se limita éste), y, en su caso, suspender la persecución penal. Por el contrario, si el fiscal se opone al otorgamiento de la medida por razones de política criminal vinculadas al caso, la decisión del acusador no puede ser cuestionada, y, en consecuencia, impide la suspensión del procedimiento en ese caso concreto. Ello pues la discreción reconocida legalmente ha sido atribuida, inequívocamente, al titular de la acción penal estatal: el ministerio público» (**BOVINO, A., LOPARDO, M. y ROVATTI, P., Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica, Editores del Puerto SRL, 2013, pág. 314/315**).

En cambio, siempre resultará vinculante para el tribunal la opinión favorable del fiscal en aquellos casos en que el titular de la acción pública “consiente” la aplicación del instituto y considere cumplidos los presupuestos de legalidad, conclusión que se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Ello de conformidad a los argumentos y conclusiones expuestos por la Corte Federal en los casos «**Tarifeño**», «**Mostaccio**», «**Cáseres Martín**», entre otros.

En anteriores precedentes también he hecho referencia al aspecto material del juicio de oportunidad de índole político-criminal, que debe ser entendido como aquel pronunciamiento compuesto por medidas, criterios o estrategias tendientes a prevenir y reaccionar frente a un determinado fenómeno delictivo, con el fin de mantener bajo los límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad (**BORJA JIMÉNEZ, E.; Curso de Política Criminal; Valencia, 2003**).

Parte esencial del mérito político criminal es el análisis de la posibilidad de que la realización del debate y la probable imposición de pena posterior sean sustituidas por un medio menos lesivo, como lo es la suspensión del juicio a prueba. Como parte fundamental de su dictamen, el representante fiscal, debe evaluar fundadamente si un remedio menos lesivo que la pena –como lo es la suspensión del juicio a prueba– soluciona el conflicto.

Esto es consecuencia de que, si el Derecho penal se legitima solamente en la medida en que protege a la sociedad, su justificación se pierde en cuanto la intervención se demuestra inútil por ser incapaz de servir para evitar delitos. El principio de necesidad conduce a limitar la injerencia del Derecho penal cuando la protección a la sociedad pueda conseguirse por medios menos lesivos para los derechos individuales (**MIR PUIG, S., Derecho penal parte general, 7º edición, BdeF, 2004**).

En el caso que nos ocupa, encuentro que el dictamen emitido durante la audiencia por el fiscal ahora recurrente no ha satisfecho estos extremos. Por el contrario, se ha limitado a señalar la gravedad del hecho, a explicitar el interés del Ministerio Público Fiscal en imponer una pena más allá de su conveniencia práctica y a argumentar en torno a la posibilidad jurídica de imponer una pena a pesar de que haya transcurrido un período de tiempo considerable desde que ocurrieron los hechos, por encontrarse aún vigente la acción.

No se advierte, pues, análisis sobre la inconveniencia político criminal de la concesión de la suspensión del juicio a prueba alguno. En otras palabras, no se ha visto satisfecho el deber de justificar que la imposición de una pena en el caso de autos pueda resultar de utilidad. Dicho de otro modo, si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos que el Derecho penal, la inhibición a recurrir a su instrumento más intenso se impone (ver al respecto, **CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., Derecho**

penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional, Revista Ius et Praxis - año 14 - N° 1:13 -48, 2008).

En función de ello, la negativa fiscal manifestada en autos no resulta vinculante para el juzgador, quien ha fundado adecuadamente la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Por estos motivos, discrepo con la solución adoptada por mis colegas de Sala, y entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento el resultado a que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 154/159 vta. por el Dr. Gonzalo Marzal, Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados y, en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 149/150 de autos en relación a la suspensión del juicio a prueba concedida respecto de Sergio Sebastián Romero Díaz y, en consecuencia, remitir los presentes autos al tribunal de origen a fin de continúe según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 154/159 vta. por el Dr. Gonzalo Marzal, Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 23 de la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos Agravados y, en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 149/150 de autos en relación a la suspensión del juicio a prueba concedida respecto de Sergio Sebastián Romero Díaz y, en consecuencia, remitir los presentes autos al tribunal de origen a fin de continúe según su estado.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

29- MATUS. 22-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFG	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	N	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190822_FcMatus.pdf

Lex: Art. 189 bis inc. 2, 4° párrafo del CP; art. 147 y 150 474, incs. 2° del CPP. Arts. 287, 288 Y 291 del CPP

Vox: Portación ilegal. Arma de fuego de guerra. Aprehesión en flagrancia. Acta de procedimiento. Nulidad. Interpretación restrictiva. Falta de firma de un testigo de actuación. Nulidad relativa. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC N° 2** de la Primera Circunscripción Judicial condenó a Franco Nicolás Matus a la pena de **tres años y ocho meses de prisión**, por el delito de portación ilegítima de arma de guerra (art. 189 bis inc. 2, cuarto párrafo CP).

La **defensa técnica** del imputado Franco Nicolás Matus interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 220 (fs. 261 y vta.) y sus fundamentos, agregados a fs. 262/269 vta., en cuanto condena a Franco Nicolás Matus a la pena de tres años y ocho meses de prisión, por el delito de portación ilegítima de arma de guerra (art. 189 bis inc. 2, cuarto párrafo C.P.)

El **Procurador General** entiende que corresponde el rechazo formal del recurso de casación incoado por la defensa técnica del imputado.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación impetrado.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 220, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Gatica Toledo. 04-11-20: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/201104_FcGatica.pdf
- Mora Aguiar. 03-08-10. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

La falta de la firma del testigo de una actuación policial, o la constancia expresa de los motivos por los cuales no firmaron las actas, constituye una nulidad relativa que puede ser subsanada. L.S. 416- 014

b-CSJN

- Casal, Matías Eugenio
- Acosta

Doctrina citada:

PASTOR, Daniel «La nueva imagen de la casación penal», Ad-Hoc, 2.001, p. 150/1

Precedentes relacionados:

- Murcia Lucero. 21-03-18
- Orellana Sepúlveda. 10-04-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>

Parágrafos destacados:

“Este Cuerpo ha dicho que «la pretensión reprobatoria, también debe cumplir con unos requisitos argumentales que incluso lingüísticamente la habiliten como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir con eficacia su mensaje desaprobatorio de la decisión impugnada» (ver «**Gatica Toledo**»). «Sólo frente a tales piezas que se bastan a sí mismas, que son comunicativamente autosuficientes, el tribunal puede lógicamente producir la decisión final que debe recaer en definitiva sobre la acusación originaria» (Pastor, Daniel «La nueva imagen de la casación penal», Ad-Hoc, 2.001, p. 150/1; L.S. 360-52, entre otros)”.

“En este orden cabe recordar que, como ya ha dicho esta Corte en otras oportunidades, la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.”

“Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (ver CSJN «Acosta», sentencia del 4 de mayo del 2000, entre otros)”.

“En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (fallos 325:1404). En el caso traído a decisión de esta instancia la defensa, en la oportunidad señalada, no logra poner de manifiesto qué perjuicio concreto le generaba la conducta desplegada por personal policial, con lo cual comparto la tesitura de la jueza al considerar que se trata de un planteo de nulidad por la nulidad misma, que en consecuencia debe ser desestimado”.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio.

(G.R.)

Fallo.

CUIJ: 13-04621800-5/1((018601-166074)) FC/ MATUS FRANCO NICOLAS P/ ROBO SIMPLE (166074) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104704815*

En Mendoza, a los veintidós días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04621800-0/1, caratulada “F. C/ MATUS, FRANCO NICOLAS P/ ROBO SIMPLE Y SU ACUMULADA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSE V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica del imputado Franco Nicolás Matus interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 220 (fs. 261 y vta.) y sus fundamentos, agregados a fs. 262/269 vta., en cuanto condena a Franco Nicolás Matus a la pena de tres años y ocho meses de prisión, por el delito de portación ilegítima de arma de guerra (art. 189 bis inc. 2, cuarto párrafo C.P.), pronunciamiento dictado en la causa N° P-166.089/17 por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado que «[...] el día 22 de diciembre de 2017, siendo las 1:30 hs. aproximadamente, personal de la UEP, al llegar a calle Antonelli a 150 metros antes de llegar a calle Bandera de Los Andes, observan a un sujeto que venía caminando sobre el costado oeste en la misma dirección y que sería sindicado en un robo acontecido el día 21/12 en calle Aconquija N° 35 de Guaymallén, por ello, deciden identificarse como efectivos policiales. Ante ello, el sujeto, quien luego fuera identificado como Franco Nicolás Matus, comienza a correr arrojando en su huida un arma de fuego tipo pistola, marca Gersa Thunder, con N° fabril C-61.117, cargada con seis municiones.

Finalmente, el imputado Matus es aprehendido por personal policial. Posteriormente, del informe de la División Balística de Policía Científica, surge que el arma mencionada es apta para la ejecución de disparos y se clasificó como arma de guerra». Para así decir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, las declaraciones testimoniales de los efectivos Macías Tintilay, Andrés Torres y Samuel Riquelme, acta de procedimiento de fs. 1/2, declaración testimonial de Claudio Albornoz, informe del Renar de fs. 69 y demás elementos de juicio incorporadas al debate.

II.- Recurso de casación La defensa del imputado

Franco Nicolás Matus promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 474, incisos 2° del C.P.P., por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona. Sostiene en tal sentido, que las circunstancias del supuesto hallazgo del arma junto al aprehendido no sólo carece de validez formal sino, además, de validez sustancial, ya que se trata de una sentencia cuyo fundamento no deriva de una razonada valoración probatoria.

En primer lugar, cuestiona los fundamentos por los cuales el tribunal a quo rechazó la nulidad del acta de procedimiento interpuesta por su parte, en tanto la sentenciante entendió que la inexistencia de testigos hábiles es una nulidad relativa convalidada por la inactividad defensiva.

Asimismo, se agravia de los argumentos en base a los cuales la jueza de grado rechazó la nulidad de la actuación policial, al considerar que personal policial se ciñó a las funciones propias de la policía administrativa frente a un delito in flagranti.

En segundo lugar, cuestiona la valoración del acerbo probatorio realizada por la jueza de sentencia. Al respecto, sostiene que el tribunal realizó una interpretación falaz de la prueba, y que por ello la fundamentación resulta deficiente y no concordante con las reglas de la sana crítica racional. Refiere la falta de validez como pieza convictiva de la declaración testimonial de personal policial.

Destaca que ésta es la única prueba de cargo en contra de su asistido, y que pierde valor ante la declaración testimonial del vecino de su defendido, quien declaró que la aprehensión se realizó en el domicilio de Matus, y no en las inmediaciones del lugar donde se secuestró el arma. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

A fs. 328/329 dictamina el Procurador General solicitando el rechazo formal del recurso de casación incoado por la defensa técnica del imputado Franco Nicolás Matus, por considerar que luego de su lectura, no existe en concreto ningún argumento que plantee la nulidad de la sentencia. Sostiene que la recurrente formula escuetas consideraciones que aluden a un planteo de nulidad efectuado en los alegatos en relación al acta de procedimiento, pero se limita a citar lo dicho por la a quo sin explicar en esta instancia en qué consiste el agravio insinuado.

De la misma manera, el ataque a la fundamentación de la sentencia constituye una discrepancia con los fundamentos del fallo. Así, si bien afirma que las declaraciones de los testigos no son contestes, no desarrolla claramente dónde radicaría los supuestos vicios que lo llevan a recurrir. Entiende que, si bien es cierto que la admisión formal ha sido ampliada por la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contando con el leading «Casal», también resulta claro que al menos la queja intentada debe explicitar los motivos que permitan al tribunal expedirse sobre los mismos, situación que no se advierte en el presente recurso.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio impetrado debe ser rechazado. En primer término, corresponde señalar que el recurrente desarrolla los agravios sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es su decisividad en relación al resultado del fallo que ataca.

Ello por cuanto este Cuerpo ha dicho que «la pretensión reprobatoria, también debe cumplir con unos requisitos argumentales que incluso lingüísticamente la habiliten como acto comunicativo procesalmente apto para transmitir con eficacia su mensaje desaprobatorio de la decisión impugnada» (ver «Gatica Toledo»).

«Sólo frente a tales piezas que se bastan a sí mismas, que son comunicativamente autosuficientes, el tribunal puede lógicamente producir la decisión final que debe recaer en definitiva sobre la acusación originaria» (Pastor, Daniel «La nueva imagen de la casación penal», Ad-Hoc, 2.001, p. 150/1; L.S. 360-52, entre otros).

Estos términos son enteramente aplicables al presente, ya que el defensor no concreta sus agravios, impidiendo que el Tribunal los conozca y aborde. Así, en relación a la nulidad impetrada en esta instancia recursiva, el censurante se limita a referir lo resuelto por la sentenciante sin desarrollar debidamente los vicios que –a su entender– nulifican el acta de procedimiento cuestionada. Del mismo modo, en relación a la valoración del plexo probatorio realizada por la a quo se limita a referir supuestas contradicciones entre personal policial y el vecino del imputado Matus, pero no desarrolla adecuadamente tales contradicciones y el impacto que éstas tienen en la parte resolutive. Por ello, estimo que el modo en que el censurante propuso los agravios se presenta como un simple disenso en relación a la labor intelectual del juzgador, con el único sustento del propio criterio interpretativo del recurrente y sus afirmaciones personales.

No obstante ello, los defectos prementados serán obviados en pos de efectivizar el derecho del imputado a la segunda instancia, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re «Casal, Matías Eugenio», posición seguida por este Cuerpo en numerosos precedentes, a partir de dicho fallo (conf. L.S. 377-43, entre otros).

a-Sobre la nulidad del acta de procedimiento

En relación al supuesto obrar irregular por parte de los efectivos policiales que procedieron a la aprehensión y secuestro del arma de fuego, en tanto –tal como sostuvo la defensa– habrían realizado tareas de investigación sin autorización judicial y, por otra parte, no habrían comunicado lo acontecido en forma inmediata al fiscal interviniente, entiendo que la sentenciante dio suficientes razones para desestimar los planteos nulificantes formulados en este sentido.

En efecto, la jueza de sentencia refirió que aun cuando se entienda que los policías actuantes practicaron tareas de investigación para lograr determinar al autor del robo del arma de fuego reglamentaria perteneciente a un efectivo de la fuerza policial –hecho investigado en el expediente principal N° P-166.074/17 y en el que resultó absuelto el imputado Matus–, los funcionarios amén de contar con la autorización de su superior –extremo que no fue controvertido–, tenían conocimiento de este hecho delictivo y de las características de Matus, quien desde los primeros momentos de la investigación en los referidos autos resultó sindicado como el autor del hecho.

Agregó la a quo que, para lograr tal fin, los actuantes contaban sólo con una fotografía que fue proporcionada por la víctima, la que fue extraída de una red social a la que tiene acceso cualquier persona. Al respecto, destacó la a quo que «[n]o advierto en este accionar, más que una situación de flagrancia en la comisión de delito, tal la de los artículos 287 y 288 del CPP, que incluso puede habilitar el accionar de particulares en los términos del art. 291» (fundamentos de fs. 263).

Por otro lado, la sentenciante consideró que también debía desestimarse la circunstancia invocada por la defensa en relación a que los actuantes no pusieron en conocimiento a la autoridad de lo acontecido en forma inmediata. Al respecto, señaló que, tal como se desprende del desgravado del CEO, personal policial comunicó en forma inmediata a la Oficina Fiscal la aprehensión de Matus y el secuestro del arma de fuego. Destacó además que recibieron directivas de la Ayudante Fiscal de trasladar al aprehendido y desplazar a Policía Científica a fin de que procedieran a secuestrar el arma de fuego.

De esta manera, no se advierte que el actuar policial haya vulnerado alguna garantía constitucional que autorice la sanción impetrada por la defensa. En este orden cabe recordar que, como ya ha dicho esta Corte en otras oportunidades, **la nulidad no es un fin en sí misma** sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes.

Asimismo, es criterio jurisprudencial reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también de este Tribunal, que en materia de nulidades debe primar una pauta de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable (**ver CSJN «Acosta», sentencia del 4 de mayo del 2000, entre otros**).

En efecto, la afectación de un derecho o interés legítimo y la provocación de un perjuicio irreparable son razones ineludibles de la procedencia de la nulidad (fallos 325:1404). En el caso traído a decisión de esta instancia la defensa, en la oportunidad señalada, no logra poner de manifiesto qué perjuicio concreto le generaba la conducta desplegada por personal policial, con lo cual comparto la tesis de la jueza al considerar que se trata de un planteo de nulidad por la nulidad misma, que en consecuencia debe ser desestimado.

Del mismo modo, y en relación al cuestionamiento del censurante relativo a la falta de formalidades en el acta de procedimiento, derivada de la falta de firma de un testigo de actuación -omisión que a juicio del recurrente determinaría ineludiblemente la nulidad-, la a quo fundó el rechazo del planteo nulificante en el carácter relativo de la nulidad pretendida y que, ante la falta de planteamiento oportuno, se encontraba precluída la facultad de articulación.

A la vez, la sentencia señala que no surgían de modo evidente el perjuicio, ni la concreta invocación de qué garantía constitucional se conculcó en el caso concreto. En este sentido, este Cuerpo se ha pronunciado en forma reiterada sobre la naturaleza relativa de la nulidad denunciada por la defensa (L.S. 416-014, entre otros).

En virtud de las consideraciones expuestas, entiendo que las nulidades impetradas por la defensa deben ser desestimadas, por no acreditarse en el caso bajo estudio vulneración a garantía constitucional alguna.

b- Sobre la errónea valoración de la prueba

La defensa alega la falta de relevancia probatoria de la declaración testimonial prestada por personal policial, en cuanto sostiene que no son contestes. Precisa que ésta es la única prueba de cargo en contra de su asistido, y que pierde valor ante la declaración testimonial del vecino de su defendido, quien declaró que la aprehensión se realizó en el domicilio de Matus, y no en las inmediaciones del lugar donde se secuestró el arma de fuego. Como adelantara, el recurrente no desarrolla debidamente en dónde radicaría el vicio en la fundamentación.

No obstante ello, se advierte de la lectura del dictum que la sentenciante valoró adecuadamente cada una de las pruebas incorporadas al debate, no advirtiéndose en el razonamiento de la a quo vicios que conduzcan a sostener que estamos frente a una decisión arbitraria. De este modo, los testimonios brindados por los efectivos actuantes resultaron para la sentenciante carentes de contradicciones y decisivos, en tanto entendió que lo declarado por los efectivos Macías Tintilay, Andrés Torres y Samuel Riquelme en audiencia de debate tenían correlación con el acta de procedimiento cuestionada por la defensa.

Agregó además la a quo - y con el objeto de dar sustento a lo declarado por los efectivos-, que no sólo estamos ante un instrumento público con todos los requisitos legales, sino también que «[...]la misma da cuenta de la presencia en el lugar del Coordinador Operativo Oficial Principal Quevedo[...] que es quien solicita directivas a la Dra. Patricia Rodríguez de la Oficina Fiscal, y en cumplimiento de las directivas emanadas por ésta es que queda en el lugar otro Móvil [...] indicando en todos los casos claramente los nombres y rangos de todos los funcionarios que comparecieron al lugar a efectuar tareas propias» (fundamentos de fs. 268).

Concluyó la jueza de sentencia que la declaración de Matus, avalada parcialmente por Albornoz, quien negó haber portado el arma de fuego que fue secuestrada, no resultó suficiente para conmover el caudal probatorio que dio sustento a la responsabilidad de Matus en el hecho que se le atribuye en la presente causa (fundamentos de fs. 268 vta.).

De este modo, no se advierten verificadas las falencias que invoca el defensor, en tanto la condena fue pronunciada sobre la base de probanzas debidamente incorporadas al proceso, y valoradas en forma conjunta, acreditan la existencia material del hecho y la responsabilidad penal de Franco Matus.

En definitiva, de lo expuesto surge que el Tribunal de juicio en base a los elementos de prueba antes detallados, llegó a la certeza necesaria en esta etapa procesal –sin que pueda predicarse la existencia de una duda que habilite la aplicación del principio in dubio pro reo– para adoptar la decisión que aquí se cuestiona, plasmando su análisis en una resolución sin arbitrariedades y motivada de una manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación de los hechos y la intervención de Franco Nicolás Matus en el hecho objeto del proceso.

Por todo ello, y en opinión concordante del Procurador General, corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 272/320 por la defensa de Franco Nicolás Matus y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 220 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

30- AMAYA. 05-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 b	N	CPP
-	-	-	AF	PCE	-	-	CO	-	-	UP	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190905_FcAmaya.pdf

Lex: Arts. 165 y 41 bis del CP.

Vox: Homicidio en ocasión de Robo. Arma de fuego. Unidad de la prueba. Unificación de pena.

Summa:

El **TPC** condenó a Gastón Martín Amaya Aravena a la pena de **18 años de prisión e inhabilitación absoluta**, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego (arts. 165 y 41 bis Cód. Penal), revocó la condicionalidad de la pena impuesta y unifica la presente condena con la anterior en la pena única de 18 años.

La **defensa** de los imputados, interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** dictaminó que se debe rechazar el recurso, desde que la defensora oficial no indicó cuál es la aplicación que pretende respecto de los arts. 26 y 27 CP, ni cómo beneficiaría a su defendido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 66, pronunciada por el TPC N° 2- 1° CJ.

SCJM. Dres.: **Garay.** Llorente. Orbelli.

Ver este fallo en el capítulo I.

(A.E.P.)

31- RODRIGUEZ CHAMBI. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										474
-	-	-	AI	IA	-	-	A	-	-	-	-	-	-	-1° -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_Fc_Rodriguez.pdf

Lex: Arts 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto, 12, 40 y 41 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Momento consumativo.

Summa:

El TPC condenó a la señalada a la pena de **cinco años de prisión** e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena, por resultar autora penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Érica Gabriela Rodríguez Chambi.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 316 (12-11-18), pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Pedot Olivera. 11-03-09: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

“Habiendo coincidido en la causa temporalmente la portación ilegítima de arma de guerra con el robo agravado por el uso de arma, en tanto ésta fue utilizada únicamente durante la ejecución del último delito, **la portación enrostrada queda subsumida en el delito de robo agravado**. Por ello, se está frente a un caso de **concurso aparente** de leyes por consunción, desde que el contenido del ilícito y culpabilidad del delito de portación de armas de guerra están incluidos en el de robo agravado por el uso de armas.

«[...] ambos enrostrados si tuvieron poder y posibilidad de disponer de la res furtiva [...] Tuvieron tiempo, espacio y efectiva oportunidad de utilizar el objeto involucrado, e inclusive capacidad física y psicológica para poder ocultarlo, dañarlo, arrojarlo, y demás. La víctima perdió toda posibilidad de disponer del objeto [...]».

Precedentes relacionados:

Momento consumativo.

Fuente: Compendio 2022:

<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

- Escobedo. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Ruggieri. 22-06-22: b: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Rodríguez. 27-04-22: Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>

- González Araya. 15-08-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Ver Robledo Vergara. 09-05-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190509_FcRVBE.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(G.S.)

Fallo.

CUIJ: 13-04639193-9/1((018601-41112)) FC/ RODRIGUEZ CHAMBI ERICA GABRIELA P/ ROBO AGRAVADO (41112) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104722972*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04639193-9/1 caratulada “F. C/ RODRÍGUEZ CHAMBI ÉRICA GABRIELA P/ ROBO... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Érica Gabriela Rodríguez Chambi (fs. 275/282) interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 316, en tanto condena a la nombrada, a la pena de 5 años de prisión por resultar autora penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1- La sentencia

La sentencia establece que el 19 de mayo de 2018 a las 1.45 horas aproximadamente, en la Rotonda de los Bomberos, ubicada en Sáenz Peña de Luján de Cuyo, la imputada rompió una botella contra un árbol, apuntó con el cuello roto de la misma a la víctima, mientras le manifestaba “te voy a matar, no te metas con mi hermana”. Seguidamente y mientras seguía apuntándole con el elemento mencionado, le dijo que se sacara los piercing y, ante la negativa de la víctima, la sindicada le exigió que le entregara la campera. Cuando la víctima finalmente se la quitó, la imputada se la tironeó y se fue con el abrigo.

2.- Recurso de casación

La defensa se agravia porque debió aplicarse el art. 42 Cód. Penal, lo que no se hizo debido a que la a-quo valoró las pruebas en forma contraria a la sana crítica racional.

Expresa que de autos surge que la denunciante no dijo haber perdido de vista a la imputada luego de entregarle la campera, sino que llamó a la policía logrando recuperarla.

Se queja igualmente porque la a-quo dijo que la testigo se equivocó al responder de manera categórica en el debate, ante lo declarado durante la investigación penal preparatoria, valorando de manera equivocada esta prueba, al darle preeminencia a lo dicho en aquella oportunidad y no en el debate. Resalta que la víctima dijo que no vio cuando detuvieron a la imputada, pero que la palabra “detener” puede tener acepciones vulgares distintas, pudiendo referirse al momento en que la imputada ingresó a la comisaría o entró al móvil, y que su acompañante dijo que vio a la imputada cruzar la calle y que la paró un patrullero, lo que fue ignorado por la sentenciante, debiendo absolver por la duda a su asistida. Refiere que la testigo dijo que no perdió de vista a la imputada y el fiscal no repreguntó para aclarar este punto. Afirma asimismo que yerra la jueza cuando dice que la imputada se apoderó de la campera, ya que la denunciante tenía miedo de recuperarla, lo que no tiene relevancia porque lo que la ley exige es que el

delito no se pueda consumar por circunstancias ajenas a la voluntad del imputado, independientemente de si es por actos de la víctima o de un tercero, ya que la imputada tenía la campera pero nunca se alejó de la denunciante, lo que implica que la propiedad no estuvo en riesgo, por lo que no hubo consumación del delito.

Reitera que la campera siempre estuvo **dentro del campo de visión de su propietaria**, por lo que la encartada no pudo disponer de ella, debiendo la ley ser interpretada restrictivamente, bajo pena de vulnerar los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Destaca la inmediatez del accionar policial, que no superó los 15 minutos y que la aprehensión ocurrió a escasos metros de la denunciante. También se agravia porque considera que no hubo dolo de robo, debido a que existía una enemistad previa y que la imputada tenía la campera como un botín de guerra, razón por la que no abandonó el lugar; que la a-quo tuvo en cuenta lo que la imputada dijo y no su conducta, en el contexto de una rencilla previa, conducta que trasunta la voluntad de agraviar a la denunciante y no la de apoderarse de sus bienes.

Agrega que el dolo del robo es el dolo de apoderamiento y acá no se verifica, ya que la imputada no se escapó, que es lo que hubiera hecho si quería apoderarse de la cosa; que la conducta es atípica. Se queja asimismo de la valoración arbitraria de la prueba, ya que no se acreditó la idoneidad del arma utilizada, puesto que el pico de la botella es su parte más pequeña y puede o no tener poder ofensivo, y que los testigos no se acuerdan cómo era; que no es per se un arma ni aumenta el poder intimidatorio de una manera objetiva. O sea, que la denunciante podía tener miedo pero ello no implica que haya sido porque la imputada tuviera un pico de botella en su mano.

Pide que se cambie la calificación por la de **robo simple, en grado de tentativa**.

Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictaminó que se debe rechazar el recurso, entre otros motivos, porque todos los planteos defensivos fueron desestimados por el a-quo, pretendiendo el recurrente una revisión ex novo de lo ya tratado y resuelto.

También, porque los fundamentos que da la juzgadora para tener el hecho como consumado son correctos.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

En primer lugar, porque reitera los planteos que efectuó la defensa en los alegatos -atipicidad del hecho, ausencia de dolo, idoneidad como arma de la botella que la atacante rompió en el árbol y le colocó contra la garganta a la víctima, para exigirle la entrega de la campera-, temas que fueron abordados y resueltos en el dictum, sin que el quejoso refute en esta oportunidad las argumentaciones en virtud de las cuales la juzgadora las rechazó, reiteración que impide que prospere el recurso, según se ha resuelto con antelación (L.S. 438-47, entre otros).

En efecto, considera la juzgadora que no hay forma más eficaz de demostrar el ánimo de apoderarse de un bien mueble ajeno, o sea, de comportarse como dueño, que anunciarle a la víctima que a partir del momento en que se la desapodera del bien ése pasa a ser propiedad de quien se lo exigió mediante el empleo de un trozo de vidrio apuntado al cuello de la víctima, luciendo esa prenda puesta y paseándose con ella (fundamentos, fs. 270), términos que reflejan lo acontecido, y cuya contundencia exime de

profundizar en el tratamiento del agravio que se esboza sobre el comportamiento doloso de la encausada, fluyendo de este contexto la irrelevancia de una supuesta enemistad con la hermana de la imputada.

En segundo término, corresponde desestimar el recurso, porque el **censurante discrepa con la valoración de la prueba reunida** (L.S. 400-240, 407-155, entre otros), sin tener en cuenta que tanto la rendida en el debate como la ofrecida también por su parte e incorporada, ha sido ponderada de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento no se ha podido demostrar.

De esta forma, la juzgadora evaluó conjuntamente la declaración de la víctima en la audiencia de debate, con la de los otros testigos presenciales –cuya versión le pareció creíble, en virtud de la inmediación propia de tal acto procesal, según fluye de fs. 268 vta./269- y con el acta de procedimiento de fs. 6/7 que el ahora recurrente no sólo no arguyó de falsedad, sino que ofreció a fs. 183 y vta., para derivar racionalmente de su texto, que la primera perdió de vista a la imputada antes de ser detenida, pudiendo ésta disponer libremente de lo sustraído durante tales momentos. Por su parte, el recurrente procura aislar esos elementos probatorios, para privarlos del valor convictivo que en su conjunto detentan, en contra de la posición de esta Sala sobre la unidad de la prueba.

En tal dirección se ha expresado que tal principio «[...]se encuentra íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (L.S. 393-243, 382-107, entre otros), que es lo que ha ocurrido en autos. Por su parte, en el **expediente N° 94.403 “Pedot Olivera”** citado por el impugnante, esta Sala con otra conformación, estableció que el **concepto de apoderamiento que utiliza nuestro Cód. Penal se compone de un aspecto objetivo y de otro subjetivo**. «El primero requiere “el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella”El agente quita al tenedor la titularidad de la esfera de disponibilidad de la cosa para constituirse él en titular de ella.

Desde la óptica subjetiva, el apoderamiento **se consume cuando el aspecto objetivo se corresponde con la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición...”, concluyendo que en ese caso el recaudo objetivo no se verificaba**, ya que “...los imputados no dispusieron de las cosas ni siquiera por brevísimos instantes, desde que no alcanzaron a quitarlas del ámbito de custodia de las víctimas...” debido a que, “...fueron interceptados por los efectivos policiales».

Esta situación es distinta a la que tuvo lugar en estos obrados, donde la víctima del robo perdió todo poder de custodia y disposición sobre el abrigo en cuestión, por lo que no resultan de aplicación las normas sobre tentativa. Ello es así, desde que le colocó en la garganta de la víctima, la botella que rompió contra un árbol minutos antes, exigiéndole que le entregara la campera, tironeando de ella y poniéndosela inmediatamente para irse caminando con un amigo «...que lo que hacía era incitar a Rodríguez para que le pegara a ella» (fundamentos, fs. 268 vta.).

Frente a esto, las alternativas que da el quejoso, se basan solamente en su opinión personal, sin que reconozcan sustento en las probanzas recabadas en la causa.

En definitiva, la motivación de la sentencia resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que impide que prospere también, la petición de absolución por la duda, ya que de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, ello no procede cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge

el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP, por parte del tribunal (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros), extremos que convergen en el presente caso.

Resta decir que este Cuerpo ha entendido con antelación, que **la botella constituye un arma impropia**, toda vez que «[e]l término armas no sólo comprende a las armas propias sino también a las impropias, en tanto su utilización le permitirá al sujeto activo realizar una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima de ese accionar, poniendo de esta manera en peligro la integridad física y/o psíquica de la víctima. Se valora entonces, no sólo el poder vulnerante del arma sino también la mayor intimidación que ella genera en el sujeto pasivo» (“**Fuentes Franco**”, L.S. 328-061, entre otros), lo que implica la imposibilidad de calificar el hecho como robo simple.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere por sus fundamentos al voto que precede.

Voto Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA DIJO: No comparto la solución esbozada en el voto preopinante puesto que, según entiendo, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso presentado por la defensa de la acusada. En concreto, entiendo que el agravio que refiere que el robo imputado a Érica Rodríguez ha quedado **en grado de tentativa y no fue consumado**, debe ser recibido en esta instancia.

Al respecto de la distinción entre tentativa y consumación en el delito de robo, ya he dicho que “[e]l momento consumativo [...] se determina cuando el autor **se encuentra en condiciones materialmente pacíficas de disponer** sobre los bienes objeto del ilícito, no bastando con que la víctima quede desposeída de ellos. Dicho de otro modo, el autor debe encontrarse en una situación apta para decidir el destino de la cosa” (L.S. 532-096).

En el caso caso traído a examen, según estimo, existen elementos que indican que la acusada no contó con la posibilidad de disponer pacíficamente de la campera sustraída a Brisa Martínez. En efecto, de una interpretación conjunta de los testimonios de la víctima y de las personas que se encontraban con ella en el lugar de los hechos, y del acta de procedimiento elaborada por los efectivos policiales, se desprende que la acusada, tras hacerse con la campera de Brisa Martínez, permaneció en la zona de la Rotonda de los Bomberos de Luján de Cuyo, pasó caminando por detrás de la víctima y luego se marchó caminando por calle Sáenz Peña hacia el cardinal este.

Asimismo, surge que la víctima dio inmediato aviso a los efectivos policiales que patrullaban por la zona y que les indicó la calle por donde la acusada se había marchado, lo que suscitó que los funcionario policiales lograran la detención de la acusada a escasos 40 metros del lugar de los hechos (ver fundamentos, fs. 268/269 y acta obrante a fs. 6). Estos elementos, según entiendo, indican que la acusada no se encontró en condiciones de disponer pacíficamente de la campera que sustrajo.

Al contrario, demuestran que la acusada no pudo apropiarse de modo definitivo del elemento sustraído, en tanto su accionar fracasó a pocos metros y en pocos minutos, cuando fue aprehendida por personal policial. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado arribado en la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los doctores MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Érica Gabriela Rodríguez Chambi.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO DR. OMAR A. PALERMO Ministro Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

32- PAZ TAPIA. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	B	-	ANA	PCE	-	-	CO	R	CI	-	-	-	-	-1°
														-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcPaz.pdf

Lex: Arts. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 54, 166 inc. 2°, 3° párrafo y 167 inc. 2° del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. Poblado y banda. Concurso ideal. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó a

a- Lucas Valentín Paz Tapia a la pena de **5 años de prisión** por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda;

b- José Luis Paz Tapia a la pena de **5 años y 4 meses de prisión** por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, y

c- Sebastián Lázaro Morales Blanco a la pena de **6 años de prisión** por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, declarando la reincidencia de este último.

La defensa interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP) aduciendo que la motivación de la sentencia es deficiente, dado que no se valoraron pruebas producidas en el debate que hubieran permitido alcanzar otro resultado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido, porque la sentencia está correctamente motivada y el planteo defensivo es infundado.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Lucas Valentín Paz Tapia, José Luis Paz Tapia y Sebastián Lázaro Morales Blanco.

Resolución cuestionada: Sentencia N°218, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: **Valerio. Adaro. Palermo**

(G.S.)

Fallo.

CUIJ: 13-04647719-1/1((018602-114848)) F. C/ PAZ TAPIA LUCAS VALENTIN, PAZ TAPIA JOSE LUIS Y MORALES BLANCO SEBASTIAN LAZARO P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN C.I. CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (114849/17) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104731950*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04647719-1/1 caratulada “F. C/ PAZ TAPÍA LUCAS Y OTS. P/ROBO S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de Lucas Valentín Paz Tapia, José Luis Paz Tapia y Sebastián Lázaro Morales Blanco (fs. 612/616) interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 218, en tanto condena a los nombrados respectivamente, a la pena de 5 años de prisión por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda; a 5 años y 4 meses de prisión por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, y a la pena de 6 años de prisión por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada y por ser cometido en poblado y en banda, declarando la reincidencia de este último, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 9 de agosto de 2017 a las 3:30 horas aproximadamente, en el mirador de calle 9 de Julio del Barrio Costanera Sur de Luján de Cuyo, los imputados -dos de los cuales portaban cuchillos tipo tramontina y el otro un arma de fuego-, se acercaron a la víctima y previo a esgrimir las armas, lo tiraron al suelo, lo desvistieron, le sustrajeron la ropa que llevaba puesta y un teléfono celular, para darse a la fuga con esos objetos en su poder.

II.- Recurso de casación

La defensa se agravia porque la motivación de la sentencia es deficiente, dado que no se valoraron pruebas producidas en el debate que hubieran permitido alcanzar otro resultado. Refiere que sólo se valoró el testimonio del denunciante, quien cambió su relato sobre la forma en que sucedieron los hechos, por lo que es poco sólido, toda vez que la edad de los imputados no es concordante con las edades de los sujetos que manifestó que lo abordaron. Expresa que el 10 de agosto 2017 se practicó un reconocimiento fotográfico donde dijo que sólo podría reconocer a una persona, a Lucas porque a los otros no les vio la cara porque estaba oscuro.

Que también modificó el lugar del hecho, ya que primero dijo que fue en el mirador y luego, que lo abordaron en el mirador para llevarlo al interior de la propiedad de uno de los autores, donde lo desapoderaron de un celular y de su ropa. Sobre ese celular, se queja porque no dio ni el nombre de la empresa ni número del mismo.

Esgrime que 6 días después del hecho informó que había un arma en poder de Lucas Paz Tapia, calibre 22 de tamaño pequeño, lo que en la denuncia no consta. Estima que el testigo Arenas en el debate se mostró dubitativo; que el allanamiento fue negativo, por lo que hay duda respecto a la autoría de sus pupilos, careciendo los dichos del denunciante de respaldo probatorio.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictaminó que se debe rechazar el recurso, porque la sentencia está correctamente motivada y el planteo defensivo es infundado.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado. En efecto, la motivación de la sentencia resulta suficiente a los efectos del mantenimiento del dictum como acto procesal válido (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), por lo que se descarta que prosperen los agravios centrados en este punto, desde que el inferior se basó en las pruebas rendidas, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la quejosa no ha podido demostrar.

Ello por cuanto el recurso encubre una mera **discrepancia con la labor intelectual del juzgador** en la fundamentación del fallo, en relación a la ponderación de dichas pruebas, lo que impide que prospere según se ha dicho reiteradamente (L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Así, la impugnante no cree en la veracidad de los dichos de la víctima, porque en su opinión, el denunciante tuvo la intención de agravar la situación de sus asistidos (recurso, fs. 615 vta).

También, debido a que dijo que los sujetos que lo atacaron tenían entre 35 y 40 años, cuando las edades de los encartados eran de 24, 27 y 29 años (recurso, fs. 614 vta), y porque en la denuncia omitió decir que uno de los encartados llevaba un arma, aunque sí señaló que los otros dos lo amenazaron con un cuchillo cada uno, aspectos éstos por demás endeble para conmover la sentencia en trato, frente al cuadro cargoso reunido.

De tal modo, el agravio no puede prosperar en tanto diez años no constituyen una diferencia esencial, ya que los parámetros para estimar la edad en más o en menos de una persona adulta, son subjetivos.

Además, el a quo en virtud de la inmediación propia del debate, fundamenta la razón por la que le confiere fiabilidad a la víctima, esto es, porque se mostró sólida, precisa, espontánea, sin visos de parcialidad, motivos por los que considera «claramente verosímil» su relato (fundamentos, fs. 577 y vta.), no obstante que en un principio la percibió algo nerviosa, hasta que a su pedido se retiraron los imputados de la sala, desde que –según expresó– le ocasionaba temor volver a tenerlos frente a él.

Tuvo en cuenta también el sentenciante, que la **víctima describió las armas usadas, en coincidencia con lo narrado en el acto de reconocimiento en rueda de personas** practicado a cinco días del robo, en presencia de la defensora oficial ahora recurrente, quien no arguyó de falsedad el acta que lo instrumenta, sino que por el contrario, la suscribió de conformidad (fs. 75 y vta.), fluyendo de la misma que el

compareciente Rodríguez Pereira reconoció categóricamente a los tres imputados como los autores de la agresión que sufrió.

A esto se suma que el agravio centrado en que, en un primer momento, el damnificado no denunció que uno de sus atacantes tenía un arma de fuego tipo revólver, es abordado por el a quo, quien aseveró que ello no enerva su credibilidad, frente a la espontaneidad demostrada en la audiencia y demás coincidencias apuntadas, lo que no ha sido adecuadamente refutado por la quejosa. Es más, aduna el sentenciante que frente a «[...]las preguntas efectuadas por las partes, pudo justificarse satisfactoriamente» (fundamentos, fs. 577 vta.), haciendo hincapié en varias ocasiones a lo largo del dictum, en la sinceridad que demostró la víctima, así como que negó «enfáticamente» conocer a Tamara, la mujer por la que según los encausados, se habrían peleado (fundamentos, fs. 578), versión que el a quo descartó.

Tampoco puede prosperar la disidencia que expone la defensora, con la **credibilidad que el a quo le confirió a la testimonial de Daniel Arenas**, quien declaró confirmando la hipótesis acusatoria, no obstante que fue algo reticente y dubitativo, porque «[...]aseguró que no quería tener problemas» (fundamentos, fs. 577 vta.), ya que conocía a los imputados y a la víctima, extremo que la recurrente no cuestiona y resulta en el contexto de autos, razonable.

Resta decir que **carece de relevancia que en el allanamiento no se hayan encontrado elementos incriminatorios**, así como que la primera vez el denunciante sólo haya mencionado que fue atacado en el mirador, sin aclarar que después lo llevaron al interior de una propiedad donde lo despojaron de su ropa y celular, errando la quejosa cuando alega que no indicó el denunciante la empresa de telefonía –toda vez que manifestó que era Claro–, dato éste que además, no reviste entidad a los fines de configurar el delito en trato.

Finalmente, no es posible acoger el pedido de absolución, toda vez que de conformidad a la jurisprudencia de esta Sala, ello no procede cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho, y no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del art. 2 CPP, por parte del tribunal (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062, entre otros).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que precede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 612/616 por la defensa oficial de Lucas Valentín Paz Tapia, José Luis Paz Tapia y Sebastián Lázaro Morales Blanco.
- 2.- Tener presente la reserva formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

33- GIAMPORTONE GUERRA. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFA	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														-1°
														-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcGiamportone.pdf

Lex: Art. 166 inciso 2°, 2° párrafo del CP.

Vox: Robo. Arma apta para el disparo. Testimonios. Contradicción. Rueda de reconocimiento de personas. Valoración de la prueba. Calificación legal.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años y diez meses de prisión** como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166, inc. segundo, párr. segundo del C.P.).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 382, pronunciada por el TPC N° 2-1° CI.*

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio

(C.T.)

Fallo.

CUIJ: 13-04760861-3/1((018602-32788)) FC/ GIAMPORONE GUERRA FEDERICO ARIEL P/ ROBO AGRAVADO (32788) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104838733*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04760861-3/1, caratulada "F. C/ GIAMPORONE, FEDERICO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa técnica de Federico Ariel Giamportone interpone recurso de casación (fs. 373/383) contra la Sentencia N° 382 (fs. 357) y sus fundamentos (fs. 358/362), mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de siete años y diez meses de prisión como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166, inc. segundo, párr. segundo del C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Palermo

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria que «el día 19 de abril de 2018 siendo las 21:15 horas aproximadamente Federico Ariel Giamportone Guerra junto a otro sujeto no individualizado, interceptaron a la víctima César Andrés Orihuela Bustos en el momento en que éste se encontraba guardando su vehículo marca Toyota modelo Xei [sic], dominio MIU-140 en el garaje de forma intimidatoria efectuó [sic] dos disparos con un arma de fuego tipo revolver, golpearon a la víctima mediante golpes de puño y patadas y mientras le apuntaban con el arma de fuego le exigían la entrega de dinero.

En esas circunstancias, y estando en el suelo, la víctima entregó a los autores dinero en efectivo que llevaba en los bolsillos, luego Federico Ariel Giamportone Guerra junto a otro sujeto no individualizado ingresaron al auto de la víctima y se dieron a la fuga del lugar. Producto del hecho Federico Ariel Giamportone Gerra [sic] junto a otro sujeto no individualizado le sustrajeron a la víctima, los siguientes bienes:

- 1) un vehículo marca Toyota modelo Xei [sic], dominio MIU-140;
- 2) tres teléfonos celulares, siendo los mismos un teléfono celular marca Samsung modelo S6 de color dorado, un teléfono marca Motorola de color negro, un teléfono marca Motorola color gris;
- 3) una suma importante de dinero en efectivo constante de quinientos sesenta mil seiscientos pesos chilenos (\$560.600), catorce mil ochocientos sesenta y tres dólares estadounidenses (U\$S 14.863); seis mil ochenta y uno con 50/100 pesos argentinos (\$ 6.081,50)» (fs. 358 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró las declaraciones testimoniales de César Andrés Orihuela Bustos, César Israel Hernández, Diego Javier Barcía Poblete, Elisa Cecilia Sevilla Sarmiento, Alejandro

Gómez Vilchez y Juan Arturo Leño Nieto; la declaración del imputado; el informe técnico de barrido microscópico practicado por el Cuerpo Médico Forense y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios in procedendo e in iudicando.

a) Vicios in procedendo:

La estrategia defensiva en el plano de **la valoración de la prueba** es doble: por un lado, cuestiona la materialidad del hecho tal como se consideró acreditado por el a quo y, por otro, niega la intervención de Giamportone. En relación con lo primero, el recurrente pone de relieve contradicciones entre las declaraciones de la víctima y su hijo que pondrían en duda la existencia de los dos disparos.

En relación con lo segundo, brinda múltiples argumentos. En primer lugar, opone que el denunciante no habría visto el rostro de Giamportone y que la descripción efectuada no coincidiría con la vestimenta del imputado al momento de ser detenido.

En segundo lugar, subraya que no se realizó rueda de reconocimiento y que tampoco fueron constatadas las lesiones alegadas por la víctima producto de la violencia desplegada durante la ejecución del robo. Finalmente, enumera una serie de pruebas que hablarían a favor de la inocencia de su defendido.

b) Vicios in iudicando:

En este plano, la defensa advierte una errónea **calificación jurídica** del hecho por el cual se condena a Giamportone.

Realiza reserva del caso federal

III.- Dictamen del señor Procurador General : Rechazar el recurso

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 393/395).

Después de analizar los argumentos vertidos por la defensa, destaca que la versión de la víctima se mantuvo inalterable desde el inicio de la investigación y que de ella se puede extraer que los autores del hecho llevaban un arma de fuego y que efectuaron disparos con la misma. En este sentido, agrega que su relato se encuentra corroborado por la declaración de su hijo y por el resultado arrojado por el informe técnico de barrido microscópico elaborado por el Cuerpo Médico Forense.

Asimismo, el Titular del Ministerio Público Fiscal pone de relieve que el acusado fue aprehendido minutos después del hecho mediante una persecución policial, en circunstancias en que se trasladaba en el automotor previamente sustraído a la víctima y que el teléfono celular del imputado fue hallado en el interior del vehículo sustraído.

Finalmente, después de realizar un análisis pormenorizado de cada una de las pruebas valoradas por el a quo, concluye que el tribunal de juicio ha alcanzado razonadamente la certeza requerida para condenar al imputado, todo lo cual lo lleva a propiciar el rechazo del recurso interpuesto.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

a) Vicios in procedendo

Como referí al momento de resumir la estrategia defensiva del recurrente en el nivel de la valoración de la prueba, sus agravios pueden agruparse según se refieran a la materialidad del hecho o a la intervención de Giamportone. En lo que respecta a la materialidad del hecho, entiendo que no existe duda de que, tal cual se plasma en el requerimiento de citación a juicio, el día 19 de abril de 2018 César Orihuela fue víctima de un robo agravado por el uso de arma de fuego.

La abundante prueba que habla a favor de la hipótesis de la acusación confirma la versión brindada por la víctima en sede de instrucción y después reiterada en la audiencia de debate. Sin embargo, la defensa advierte una fisura en el plexo probatorio que pondría en cuestión la existencia del número de disparos. Así, el recurrente expresa que los relatos de César Orihuela y su hijo serían contradictorios, en tanto el primero habría relatado que escuchó dos disparos y el segundo que, en realidad, habría sido solo uno. Ahora bien, independientemente de que las declaraciones del denunciante y su hijo difieren en lo relativo al número de disparos que habrían ejecutado los asaltantes y de que el juez haya integrado a su razonamiento esta discordancia, estimo que esta discrepancia en los testimonios de padre e hijo no es más que un matiz sobre un aspecto accesorio del hecho, esto es, la cantidad de disparos efectuados por los asaltantes.

Es que la contradicción advertida por la defensa no hace mella en los aspectos centrales del hecho, porque no se trata (por ejemplo) de que uno de los testigos haya escuchado disparos y el otro no, sino que ambos los oyeron, divergiendo únicamente en relación con su número –algo que puede explicarse perfectamente debido a lo traumático de la experiencia vivida–.

Por ende, no hay motivos para que decaiga la materialidad del hecho, la cual encuentra sustento, a su vez, en las declaraciones testimoniales de Elisa Cecilia Sevilla, Gonzalo Alejandro Gómez, Juan Leaño y Diego Barcia, todos coincidentes en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el robo.

A lo anterior debe agregarse, por un lado, que el denunciante fue categórico al momento de referir que fue apuntado por uno de los coautores con un arma de fuego y, por el otro, que el resultado del informe técnico de barrido microscópico practicado por el Cuerpo Médico Forense dio resultado positivo para partículas de pólvora en las prendas del imputado.

Estas pruebas despejan cualquier duda sobre la utilización de un arma de fuego disparada para amedrentar a las víctimas, a pesar de que no fuera hallada en el lugar de los hechos. Dicho esto, resta analizar la intervención de Giamportone en el hecho objeto del proceso, la cual es enfáticamente negada por la defensa técnica.

En apoyo de este punto de vista, el letrado defensor se pregunta retóricamente cómo fue que la víctima vio al sujeto que lo golpeaba si, según su relato, después de ser apuntada con el arma de fuego, ella se tapó la cara.

En la misma línea, advierte que la descripción efectuada por la víctima en su denuncia no coincide con la vestimenta que tenía puesta el imputado al momento de ser detenido. En otro orden de ideas, la defensa subraya que **no se realizó rueda de reconocimiento de personas**, prueba fundamental que podría haber arrojado un resultado favorable a Giamportone y que tampoco fueron constatadas las lesiones alegadas por las víctimas producto de los golpes recibidos durante el asalto.

Finalmente, la impugnación refiere una serie de pruebas que no habrían sido tenidas en cuenta por el juez sentenciante y que darían cuenta de la inocencia del acusado.

Estas son: el acta de secuestro en la que consta que Giamportone vestía prendas que no se condicen con la descripción realizada por Cesar Orihuela al momento de realizar la denuncia; la declaración de César Hernández que nada aportaría a la causa; y, por último, el acta de procedimiento, la cual sembraría dudas en relación con las circunstancias en las que se produjo la detención del imputado.

Analizados los agravios planteados por la defensa en este tramo del recurso, entiendo que sus esfuerzos no son suficientes para alcanzar lo que se propone, esto es, hacer decaer la validez del razonamiento del juez sentenciante en lo que respecta a la prueba de la intervención criminal de Giamportone en el delito imputado. Me persuaden de esta conclusión los siguientes argumentos.

En primer término, en lo que respecta a la imposibilidad de que el denunciante hubiera visto el rostro de Giamportone debido a que, conforme declaró, se tapó la cara al ser apuntado con el arma de fuego, entiendo que esta no es una circunstancia que le impida al tribunal de juicio alcanzar una conclusión de culpabilidad motivada, en tanto el plexo probatorio se encuentra integrado por dos elementos que apuntan de manera inequívoca a la responsabilidad de Giamportone.

Me refiero, por un lado, a las circunstancias en las que se produjo su detención, en el vehículo sustraído a la víctima minutos después de una persecución policial, donde se hallaran los elementos sustraídos y el teléfono celular del imputado, y, por otro lado, al ya referido resultado del informe técnico elaborado por el Cuerpo Médico Forense que determinó que existían residuos de pólvora en las prendas de ropa del acusado, elementos irrefutables que colocan al acusado en el lugar de los hechos.

En consecuencia, la duda que intenta introducir la defensa no puede ser considerada a los efectos de hacer decaer el razonamiento plasmado en la sentencia analizada.

Es que el sentido de los elementos de convicción destacados que se derivan de la detención de Giamportone momentos después del hecho –escena que fue confirmada de manera coincidente por los funcionarios policiales Elisa Cecilia Sevilla y Gonzalo Alejandro Gómez– y el secuestro de su teléfono celular no han sido desvirtuados por la defensa, ni explicados convincentemente por el imputado al momento de realizar su descargo.

Y para ello no alcanza con advertir que no se realizó reconocimiento en rueda de personas o que las lesiones alegadas por el denunciante no fueron constatadas pues, en relación con esto no debe perderse de vista respectivamente que, la prueba de cargo es abundante y el robo no se encuentra agravado por lesiones, sino por el uso de un arma de fuego, circunstancia debidamente probada.

Los argumentos hasta aquí brindados también son útiles para contestar la censura defensiva en relación con el acta de secuestro –mediante la cual se vuelve a insistir sobre la vestimenta de Giamportone en el momento de la detención–, la ausencia de relevancia del testimonio de César Hernández –en relación con el cual nada se dice sobre cómo repercutiría en la solución del caso– y el acta de procedimiento, la cual sembraría dudas en relación con la detención del acusado.

En relación con esta última, es lo suficientemente convincente el juez sentenciante cuando advierte que «conforme lo expuesto por Gómez Vilchez y Sevilla, nunca lo perdieron de vista [al acusado] desde que se bajó del rodado hasta que fue aprehendido por esta última. Tal extremo demuestra que Giamportone, efectivamente fue uno de los autores materiales del suceso investigado» (fs. 360).

En suma, entiendo que el razonamiento del a quo en lo que respecta a la validez de sus premisas en el orden de la valoración de la prueba, es válido en tanto acto jurisdiccional y, conforme con ello, corresponde que sea confirmado en esta instancia.

b) Vicios in iudicando

En este nivel, el agravio **debe ser descartado de plano**.

En efecto, como puede apreciarse en una primera lectura del recurso de casación incoado, la defensa se limita a indicar una «**errónea calificación jurídica del hecho**» [sic] (fs. 382) **sin explicar de manera alguna en qué consistió el error del tribunal de juicio y cuáles son los argumentos que sustentan su posición. Laguna que tampoco ha sido suficientemente colmada en la audiencia oral.**

En consecuencia, las consideraciones abstractas en relación con los fundamentos jurídicos de la sentencia le impiden a este máximo tribunal valorar cuál sería el vicio que falsearía las conclusiones alcanzadas por el juez sentenciante al momento de aplicar el derecho. Y si con la mención a una errónea calificación jurídica del hecho se pretendiera cuestionar la no aplicación del principio in dubio pro reo –lo que es plausible, pero de todos modos no es concretado con precisión– este planteo tampoco encontraría asidero en las constancias de la causa, tal como expliqué al momento de analizar el razonamiento del a quo en relación a la acreditación de la materialidad del hecho y la intervención del imputado en el mismo. En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de Federico Giamportone. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Valerio. Adhieren

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 373/383 por la defensa técnica de Federico Ariel Giamportone.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

34- GOMEZ y ot. 07-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										474
-	B	-	AF	IA	-	-	CO	-	CI	UP	-	-	N	416

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FcGomez.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 166 inc. 1°, 1° párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45, 12 y 29 inc. 3° del CP. Art. 366, 416 inc. 6 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta para el disparo. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Unificación de pena. Imparcialidad. Imparcialidad. Nulidad. Nuevo juicio. Función jurisdiccional.

Summa:

El TPC N° 1 -1° CJ, condenó a los señalados como coautores de delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, robo agravado por el uso de arma y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal, a las siguientes penas:

a- a Lucas Emmanuel Gómez a la pena de **nueve años de prisión e inhabilitación absoluta** por idéntico plazo

b- a José Martín González Jara a la pena de **seis años y ocho meses de prisión e inhabilitación absoluta** por el mismo tiempo, pena que resultó unificada con la impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 de la provincia de Buenos Aires en los autos N° 5256/4, resultando la pena única de siete años y seis meses de prisión (art. 58 del CP. y cc. del CPP.); y

c- a Lucía Vanesa Campos a la pena de **seis años y ocho meses de prisión e inhabilitación absoluta** por el mismo tiempo, ordenándose la prisión preventiva de la nombrada a los términos del art. 293 incs. 2 y 3 del CPP, además de su inmediata internación en penitenciaría provincial.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Fiscal General Adjunto** estima que la impugnación **debe proceder**, por cuanto existen agravios que resultan sustancialmente procedentes.

La **SCJM** resolvió que corresponde admitir el recurso de casación, anular el debate, la Sentencia N° 407 (fs. 498/499) y su aclaratoria (fs. 506 y vta.), y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual, dictados por el TPC N° 1- 1 CJ y remitir las presentes actuaciones al TPC N° 1, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 407, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mopardo Dupox
- Flores González. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf

Doctrina citada

ALVARADO VELLOSO, Adolfo y Alvarado, Mariana, «Textos de Teoría General del Proceso», en Los sistemas de enjuiciamiento judicial», Ed. Astrea, 2005, Buenos Aires, tomo II, p. 136/137

Parágrafos destacados

“La cuestión central de análisis que se plantea a través de sus impugnaciones gira en orden a la alegada vulneración de la garantía de imparcialidad, de los principios del sistema acusatorio y debido proceso, denunciada como vicio del debate oral. “«[s]e ha violentado de modo flagrante el derecho de defensa [...] porque no se respetó lo establecido por el art. 8.2 de la Convención Americana, toda vez que no se permitió a esta defensa no solo escuchar sino además interrogar libremente a los testigos de descargo de modo completo [...]. “

En efecto, estimo que el tribunal a quo tuvo durante el debate oral una indebida intervención activa, extralimitándose en el ejercicio de la función jurisdiccional, y asumiendo facultades propias del órgano acusador. Esto resulta contrario a lo que impone el modelo acusatorio adversarial vigente, tema que este Cuerpo ya ha abordado ampliamente en los **precedentes «Mopardo Dupox»** y, más recientemente, en **«Flores González»**. Efectivamente, en las mencionadas ocasiones sostuve que «[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. ...”Su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. “

“La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría – indefectiblemente– en el favorecimiento de una de las partes del proceso» (in re «Mopardo Dupox»)...”...el juez, durante el desarrollo del juicio oral, debe ocupar un rol pasivo en el marco de la contienda judicial entre las partes, puesto que de ese modo será posible asegurar su imparcialidad, entendida ésta como la ausencia de interés subjetivo en la solución del conflicto, sino, además, su posición de tercero imparcial, esto es, su calidad de no parte. “

“También tiene dicho esta Sala que ese deber de **imparcialidad e imparcialidad** provoca que «[...] durante el juicio, el juez debe permanecer con una función inactiva, en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio; y latente, vista como en potencial intervención para la salvaguarda de los principios, garantías e institutos procesales que la legalidad constitucional requiera, y a exclusivas instancias de una intervención formal de un sujeto externo, por medio de una pretensión jurídica....Los jueces sólo pueden formular preguntas al único efecto de aclarar el sentido de lo manifestado por el deponente, para una mejor comprensión de lo declarado, mas no podrán hacerlo para indagar sobre puntos no abordados por aquél, ni por las partes del proceso, puesto que, de actuar en este último sentido, rompería con su actuación la igualdad entre las partes y la garantía de imparcialidad e imparcialidad en los términos señalados precedentemente. (Voto. Dr. Valerio)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(C.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04773982-3/1((018601-6785)) FC/ GOMEZ LUCAS EMMANUEL, GONZALEZ JARA JOSE MARTIN, CAMPOS LUCIA VANESA P/ ROBO AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA (6785) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104852513*

En Mendoza, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04773982-3/1, caratulada "F. C/ GOMEZ, LUCAS EMMANUEL; GONZALEZ JARA, JOSÉ MARTIN Y CAMPOS, LUCÍA VANESA P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA... S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 532/540 (fs. 569/581 vta. según ac. núm. 29051) la defensa oficial de Lucas Emmanuel Gómez, José Martín González Jara y de Lucía Vanesa Campos interpone recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 407 de fecha 17 de diciembre de 2018 (fs. 498/499) y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual mediante la que se condenó a Lucas Emmanuel Gómez a la pena de nueve años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, robo agravado por el uso de arma y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, segundo párrafo, 166 inc. 1°, primer párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45, 12 y 29 inc. 3° del CP.); a José Martín González Jara a la pena de seis años y ocho meses de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, robo agravado por el uso de arma y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, segundo párrafo, 166 inc. 1°, primer párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45, 12 y 29 inc. 3° del CP), pena que resultó unificada con la impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 4 de la provincia de Buenos Aires en los autos N° 5256/4, resultando la pena única de siete años y seis meses de prisión (art. 58 del CP. y cc. del CPP.); y a Lucía Vanesa Campos a la pena de seis años y ocho meses de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo, robo agravado por el uso de arma y robo agravado por ser en poblado y en banda, todo en concurso ideal (arts. 166 inc. 2°, segundo párrafo, 166 inc. 1°, primer párrafo, 167 inc. 2°, 54, 45, 12 y 29 inc. 3° del CP.), ordenándose la prisión preventiva de la nombrada a los términos del art. 293 incs. 2 y 3 del CPP, además de su inmediata internación en penitenciaría provincial.

Este pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de los autos N° P-5785/18. Por su parte, a fs. 544/546 vta. y fs. 554/558 (ac. núm. 29051), la defensa particular de la coimputada Lucía Vanesa Campos interpone recurso de casación contra la citada sentencia, por la que se condenó a su representada en los términos precedentemente expuestos. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En lo pertinente para resolver la queja interpuesta, el tribunal de juicio tuvo por acreditado –con alguna modificación sobre el monto del dinero sustraído– el hecho contenido en la requisitoria fiscal obrante a fs. 282/287, esto es que «[p]ara fecha 21 de Enero del año 2018, a las 22:30 horas aproximadamente, en el domicilio sito en Barrio Sierras Altas, manzana “D”, casa “11” de la Ciudad de Mendoza, Lucas Emmanuel Gómez le manifestó a Juan Ramón Duarte “vos le debes plata a la vecina” y le exigió la entrega de 300 pesos, para luego amenazarlo de que le iba a pegar con un palo que tenía en la mano, resguardándose la víctima en el interior de su casa. Minutos después al salir el Sr. Duarte de su domicilio se encontró nuevamente con Lucas Emmanuel Gómez, acompañado ahora por Lucía Vanesa Campos y José Martín González Jara, momento en que el primero le efectuó un disparo con arma de fuego tipo escopeta impactándole en el pecho y le dijo “dame la plata, dame la plata”, “te voy a matar, no llames a la policía”. Ante esto la víctima cayó al suelo y fue allí que José Martín González Jara lo golpeó con un fierro de gas amarillo en la cabeza, para luego retirarse del lugar junto a los otro[s] dos. Seguidamente los tres sindicados regresaron al lugar, y desde una ventana Gómez le dijo a la víctima “vení que vamos a arreglar todo”, e ingresó junto a los otros dos encartados al domicilio sin autorización alguna. Una vez dentro los tres le manifestaron que lo iban a cortar todo, y le revisaron la heladera. Luego Gómez le pegó con un fierro en la cabeza y le manifestó que le iba a cortar las manos, mientras que Campos decía “fijate lo que tiene, revisale, sacale el celular” y González Jara por su parte revisaba toda la casa. Luego Gómez con un cuchillo que se encontraba en el lugar le cortó ambas manos, y con ayuda de los otros dos sindicados lo ataron del brazo derecho a la cama, y finalmente se apoderaron de los siguientes elementos: un celular marca Samsung con tapa, color negro, línea liberado, con chip Movistar, un celular marca Samsung, color negro, con teclado, con memoria de 8 gb, un celular marca LG, K10, número de línea de Claro, 2615153085, un parlante color azul inalámbrico, tres mil pesos argentinos en efectivo, pastillas Clonazepam, un pen drive color amarillo de 16 gb, y un pen drive color verde, y finalmente se fueron los tres del lugar, previo a reiterarle que no llamara a la policía».

Para así decidir, luego de señalar que el monto de dinero del que se apoderaron los imputados no era el que aparecía consignado en la pieza acusatoria (\$3000), sino que, efectivamente, se apoderaron de la suma total de pesos cinco mil setecientos (\$5700), el sentenciante consideró que los hechos denunciados quedaron demostrados en el debate más allá de toda duda razonable, a partir del análisis del causal probatorio rendido en debate, el que resultó integrado principalmente de prueba testimonial. En ese orden, destacó las declaraciones prestadas durante el juicio por Juan Ramón Duarte –víctima–, Laura Mabel Rosas Colimbo y de Mónica Roxana Mujica, cuyos dichos estimó respaldados a través de los diversos elementos probatorios externos que acompañaron la causa, entre ellos, el informe de las lesiones efectuado por personal del Cuerpo Médico Forense.

2.- El recurso de casación de la defensa oficial de Lucas Emmanuel Gómez y de José Martín González Jara

El medio impugnativo incoado por esa parte recurrente ha sido motivado en la norma prevista por el art. 474 incs. 1 y 2 del C.P.P., esto es, en la supuesta presencia de vicios in iudicando e in procedendo que invalidan la resolución atacada como un acto jurisdiccional válido.

Al canalizar jurídicamente las peticiones in pauperi efectuadas por sus asistidos Lucía Vanesa Campo – fs. 523– y Lucas Emmanuel Gómez –fs. 529–, señala que la sentencia es nula de nulidad absoluta por ausencia total de fundamentos (art. 416 inc. 4° del CPP).

En tal sentido, alega que el vicio invalidante resulta de la falta de notificación de los fundamentos del fallo impugnado, en tanto luego de que haberse dado lectura de la parte resolutive, aquellos fueron leídos por el sentenciante en ausencia de las partes, quienes no fueron notificadas de esa actividad.

Agrega que el vicio denunciado también provoca la arbitrariedad del fallo, ya que los imputados, hasta el día de la interposición del recurso deducido, no han podido conocer los motivos por los cuales fueron condenados, ni cuáles fueron las pruebas en que se apoyó la condena impugnada, lo que vulnera el derecho de defensa en juicio de los tres acusados.

Refiere que se ha violado de manera flagrante el derecho de defensa de los enjuiciados toda vez que no se le permitió a la defensa interrogar libremente a los testigos de descargo de modo completo, quienes fueron increpados y obligados a abandonar la sala de debate bajo apercibimiento de extraer compulsas por falso testimonio.

En esa línea, afirma que **no resulta respetuoso del sistema adversarial impedir esa actividad defensiva puesto que, además, se impidió escuchar sus testimonios de forma completa.**

Por lo que estima imprescindible reeditar el debate con reenvío de los presentes al subrogante legal. Cuestiona que el juzgador dictó la prisión preventiva de la coimputada Campos basándose pura y exclusivamente en la sentencia condenatoria en esta causa conforme las previsiones del art. 293 inc. 2° y 3° del CPP, violentando de este modo la teoría cautelar de la prisión preventiva, la que no sólo exige verosimilitud en el derecho sino también riesgo procesal.

A lo que agrega que esa decisión obliga a la mencionada, quien se sujetó en todo momento a proceso, a quejarse de la pena no obstante su estado jurídico de inocencia. Desde allí, denuncia violación al derecho a recurrir, toda vez que la sentencia por la que la imputada de mención fue declarada culpable y condenada no se encuentra firme al día de la fecha.

Asimismo, afirma que la fundamentación de la sentencia carece de nexo lógico entre la prueba recibida y las conclusiones a las que arribó el a quo, ya que se vulneró el principio lógico de razón suficiente por cuanto los elementos probatorios invocados por el sentenciante para sustentar la condena son ambivalentes; vicio que determina su nulidad de acuerdo a lo previsto por el art. 416 inc. 2 y 4 del rito penal.

En esa línea de cuestionamientos, **discrepa con la calificación legal** bajo la cual el juez interviniente subsumió en hecho.

En cuanto a la **coautoría**, señala que debe distinguirse tres momentos bien diferenciados: uno que comenzó a las dieciséis horas aproximadamente cuando Duartes se encontraba en el techo arreglando el tanque de agua y los imputados le exigieron dinero; otro cuando Duartes abrió la puerta de su domicilio y sintió el «supuesto» impacto de bala, en el que no existen pruebas de la presencia de Campos ni de González Jara.

Estima que no existen pruebas objetivas que acrediten la efectiva utilización de un arma de fuego, toda vez que la notitia criminis (fs. 1 y vta.) surge que al lugar se habría desplazado la ambulancia del SEC, donde la Dra. Mariana Maite dejó constancia que si bien la víctima manifestó haber sido herida por un arma de fuego, sólo pudo observar una laceración en el pecho de Duartes. Con ello se contradice la versión de la víctima cuando dijo que la médica que lo asistió le había extraído perdigones.

También se queja que el juzgador se basó sólo en la declaración del denunciante para tener por acreditada la extracción de perdigones, omitiendo considerar no sólo lo informado por el ayudante fiscal interviniente, quien dejó asentado en su informe que no se observaron vainas o indicios de que en el lugar se hubieran efectuado disparos de arma de fuego.

Además, el informe médico de fs. 27, no descarta que una de las lesiones detectadas –excoriación redondeada de 0,6 cm. de diámetro rodeada de equimosis violácea– pudo haber sido provocada por otra causa, y no necesariamente por la utilización de un arma de fuego. Refiere que no se secuestró arma alguna, sea al momento del suceso, o bien con posterioridad en los allanamientos que se llevaron a cabo, y, además, que tampoco fue posible especificar qué tipo de arma se utilizó, en tanto Duartes habló de una escopeta, de una 9 mm y de una tumbera. Señala que existen otras inconsistencias en relación a la valoración de la prueba testimonial.

Afirma que resulta contradictorio que el juez haya tenido por acreditado que los imputados ataron a Duartes de los pies, cuando el denunciante dijo, durante la instrucción, que lo habrían atado del brazo derecho al elástico de la cama.

Contradice la apreciación que hace la sentencia sobre el testimonio de Laura Rosas en debate. Por un lado, la recurrente destaca que su relato de los hechos no coincide con la versión de la víctima quien, contrariamente a lo sostenido por la testigo, dijo que al momento en que se produjo el disparo se encontraba sólo.

Por otro lado, refiere que parte de su relato de los hechos coincide con lo expuesto por otra de las testigos presenciales –Yésica Pallero– cuando dijo que Vanesa Campos fue quien intentó sacar de encima a Duartes de Lucas Gómez, siendo éste el motivo por el que postula su desincriminación, al circunscribir en ello su intervención en el evento.

Menciona que hubo discrepancias en torno al monto del dinero que le exigían a la víctima, ya que el denunciante, en un primer momento, dijo que le exigían trescientos pesos (\$300), mientras que en debate señaló que se trató de cincuenta pesos (\$50). Indica que el denunciante es una persona con antecedentes psiquiátricos, que se encuentra medicado, y que no se cuenta en autos con una pericia psiquiátrica y/o psicológica que permita determinar si resulta o no mitómano, o bien, si pudo acomodar su relato según su conveniencia.

Asegura que la hipótesis del robo sólo se sostiene a partir de los dichos de Duartes, sin ninguna otra prueba que permita acreditar que los celulares denunciados realmente hubieran existido, que efectivamente hubiesen sido sustraídos, ni menos aún la existencia de dinero robado y los pendrives. Por lo que, a su criterio, lo único que puede tenerse por probado es que Gómez y Duartes mantuvieron un enfrentamiento por cuestiones de dinero que el denunciante le adeudaba a aquel a causa de compraventa no cancelada en su totalidad.

En virtud de ello, solicita se case la sentencia y se ordene la absolución de sus defendidos o, en su defecto, se declare la nulidad del acto cuestionado.

Formula reserva del caso federal.

3.- El recurso de casación de la defensa particular de **Lucía Vanesa Campos**

El impugnante promueve recurso de casación, en virtud de considerar que en la resolución que cuestiona no existen elementos de convicción suficiente para sustentar la condena impartida hacia su asistida. En ese sentido, afirma que **no existe prueba que permita tener por acreditada la ocurrencia del hecho del modo en que fue expuesto en la denuncia, ni tampoco que demuestre el uso de un arma de fuego y, mucho menos aún, que la misma se haya disparado o siquiera haya sido apta para el disparo.** Manifiesta que el dato aportado por la supuesta víctima cuando dice que fue objeto de un disparo, no tiene asidero fáctico porque no fue constatado por personal idóneo.

Señala que el informe médico elaborado no consideró que se trataba de una herida causada por un arma de fuego, ni tampoco mencionó la existencia de perdigones en la herida en el cuerpo de la víctima o algo similar.

A lo que agrega que no resulta creíble el relato de los hechos efectuado por el denunciante en cuanto al supuesto disparo, toda vez que por la mecánica de lo denunciado, es decir, un disparo a unos metros de distancia en el pecho, de manera alguna puede arrojar como consecuencia una pequeña escoriación. Señala que no se encontraron perdigones ni proyectiles en el lugar, ni tampoco armas en los allanamientos realizados.

Advierte que no son coincidentes las declaraciones de la víctima y de la testigo. Además de mencionar que ésta no presencié el supuesto disparo, considera que también resulta difícil de creer que luego de haber visto supuestamente a la víctima en el piso con un disparo en el pecho, ella se haya ido del lugar sin siquiera llamar a la ambulancia.

Expresa que la única persona que nombra a su defendida es el denunciante, pero que lo hace sin aportar más datos que su nombre. Explica que el hecho es muy confuso, y que de haber existido según lo denunciado, el mismo ocurrió en dos momentos distintos, completamente separados, en los que no participó su representada.

Cuestiona la labor jurisdiccional en cuanto refiere que el juez valoró erróneamente el examen elaborado por la médica del servicio de emergencia, y que se «inventa» pruebas para poder condenar a su defendida con un ensañamiento pocas veces visto y que, además, se aparta del relato de los propios testigos e «inventa» situaciones para poder cerrar su relato.

De este modo, considera que la sentencia es arbitraria y solicita sea casada por este Cuerpo, disponiéndose la absolución de la coimputada Vanesa Campos.

4.- Audiencia de informe oral

En la sala de Audiencias del Tribunal se llevó a cabo la audiencia in voce realizada a instancias de los recurrentes. El Dr. Martín De Olano, representante de la imputada Lucía Vanesa Campos y los Dres. Marian Gil Yoma y Rubén Castro, ambos de la Cuarta Defensoría de Pobres y Ausentes, por la de Lucas Emmanuel Gómez y de José Martín González Jara expusieron sus respectivos argumentos. A su turno, el Fiscal Adjunto en lo Penal, Dr. Gonzalo Nazar, fundamentó los motivos por los cuales solicitó la admisión de los recursos de casación formulados.

5.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal

El representante del Ministerio Público Fiscal, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia formal de ambos recursos de casación interpuestos por los defensores de los imputados, **estima que la impugnación debe proceder, por cuanto existen agravios que resultan sustancialmente procedentes.**

En ese orden, expresa que la defensora de Gómez y de González Jara se agravia, entre otros argumentos, de que no se le permitió interrogar libremente a algunos testigos de descargo, los que fueron increpados y obligados a abandonar la sala de debate bajo apercibimiento de compulsas por falso testimonio.

Al respecto, estima que la reproducción del video en el que consta la audiencia de debate del día trece de noviembre de 2.018, específicamente a partir del momento 01:18:06, mientras declaraba la testigo Yésica Pallero, el interrogatorio que llevaba adelante la defensa fue interrumpido por intervenciones de parte del magistrado interviniente, las que considera contrarias al principio acusatorio y, por tanto, violatorias del derecho de defensa.

Hace mención a que la pregunta que acababa de formular en ese momento la defensa fue interrumpida por el juez para expresarle a la testigo que no tenía sentido lo que estaba diciendo, agregando, entre otras cosas, que dejara de mentir, desempeñando en cuanto a ella un rol muy activo en la formulación de preguntas y refutación de sus respuestas, luciendo procesalmente impropios sus comentarios.

De este modo, señala que le asiste razón a la defensa en cuanto a que no se le permitió a la testigo agregar nada más, pidiéndole el a quo que se retirara. En definitiva, considera que la envergadura de este agravio, torna abstracto el tratamiento del resto de los vicios esgrimidos por ambos recurrentes, correspondiendo la anulación de la sentencia dictada con el respectivo reenvío al subrogante para la realización de un nuevo juicio.

6.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de censura expuestos por las partes recurrentes, adelanto mi posición en el sentido que corresponde admitir el recurso de casación articulado por la defensa oficial de los acusados, ello por las razones que serán detalladas a continuación.

Ante todo debo señalar que, no obstante la diversidad de los planteos formulados por los letrados defensores en sus respectivos escritos recursivos, los que en su mayoría predicen una inadecuada valoración del plexo probatorio en la acreditación de los extremos de la acusación fiscal, la cuestión central de análisis que se plantea a través de sus impugnaciones gira en orden a la alegada vulneración de la garantía de imparcialidad, de los principios del sistema acusatorio y debido proceso, denunciada como vicio del debate oral.

De tal modo, al verificarse la falencia aludida, se impone la anulación del fallo –a tenor de lo normado por el art. 416 inc. 4 del CPP.–, por lo que resulta infructuoso expedirse en relación a los demás agravios. Lo afirmado precedentemente se funda también en el criterio sostenido reiteradamente por este Cuerpo, según el cual es atribución del tribunal de casación tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En virtud de ello, estimo que el abordaje de los recursos interpuestos comenzará por el agravio antes referido, vinculado a la imparcialidad del juzgador. Al respecto, la defensora oficial de los enjuiciados se agravia, concretamente, por considerar que en el sub lite «[s]e ha violentado de modo flagrante el derecho de defensa [...] porque no se respetó lo establecido por el **art. 8.2 de la Convención Americana**, toda vez que no se permitió a esta defensa no solo escuchar sino además interrogar libremente a los testigos de descargo de modo completo [...]. No resulta respetuoso a nuestro sistema adversarial, que ni siquiera se haya permitido a este Ministerio interrogar libremente a algunos de los testigos de descargo, siendo ellos increpados y obligados a abandonar la sala de debate bajo apercibimiento de extraer compulsas por falso testimonio, sin siquiera haberlos escuchado más que en forma parcializada, siendo que los mismos manifestaban su imperiosa necesidad de brindar sus testimonios de un modo completo [...]» (ver recurso, fs. 534 vta.).

Tal como lo adelantara, comparto el planteo sostenido en este punto por la recurrente, en tanto de la revisión practicada en virtud del recurso de casación en trato, mediante la reproducción del video de las audiencias de debate llevadas a cabo, surge que ha resultado vulnerada una garantía constitucional indisponible –imparcialidad e imparcialidad del juzgador–, lo que provoca la nulidad absoluta de la sentencia resistida.

En efecto, estimo que el tribunal a quo tuvo durante el debate oral una indebida intervención activa, extralimitándose en el ejercicio de la función jurisdiccional, y asumiendo facultades propias del órgano acusador. Esto resulta contrario a lo que impone el **modelo acusatorio adversarial vigente**, tema que este Cuerpo ya ha abordado ampliamente en los **precedentes «Mopardo Dupox»** y, más recientemente, en **«Flores González»**.

Efectivamente, en las mencionadas ocasiones sostuve que «[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa.

En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal.

La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría – indefectiblemente– en el favorecimiento de una de las partes del proceso» (in re «Mopardo Dupox»).

Aún a fuerza de resultar reiterativo sobre este punto, cabe enfatizar aquí que el juez, durante el desarrollo del juicio oral, debe ocupar un rol pasivo en el marco de la contienda judicial entre las partes, puesto que de ese modo será posible asegurar su imparcialidad, entendida ésta como la ausencia de interés subjetivo en la solución del conflicto, sino, además, su posición de tercero imparcial, esto es, su calidad de no parte. De este modo, su función aparece limitada a tomar una decisión sobre el caso que las partes presenten y en la medida que resulte acreditado. Facultad que comprende, asimismo, el deber de garantizar el contradictorio entre las partes procesales.

También tiene dicho esta Sala que ese deber de imparcialidad e imparcialidad provoca que «[...] durante el juicio, el juez debe permanecer con una función inactiva, en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio; y latente, vista como en potencial intervención para la salvaguarda de los principios, garantías e institutos procesales que la legalidad constitucional requiera, y a exclusivas instancias de una intervención formal de un sujeto externo, por medio de una pretensión jurídica. De esta forma, no solo reafirma materialmente su lugar de tercero en un pleito de partes (imparcial), sino que reproduce dentro del marco del proceso judicial, la impostergable obligación de hacer realidad el postulado republicano de la división y control recíproco de las funciones estatales» (in re «Flores González»).

Ahora bien, estas consideraciones resultan claramente receptadas por el art. 399 del CPP. de la provincia de Mendoza –referido al modo de formular preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes–, norma que no posiciona en igualdad de condiciones a las partes y al juez al momento de ejercer esa facultad, conforme se analizó y sostuvo en los antecedentes anteriormente nombrados.

En efecto, conforme surge de la disposición citada, los jueces sólo pueden formular preguntas al único efecto de aclarar el sentido de lo manifestado por el deponente, para una mejor comprensión de lo declarado, mas no podrán hacerlo para indagar sobre puntos no abordados por aquél, ni por las partes del proceso, puesto que, de actuar en este último sentido, rompería con su actuación la igualdad entre las partes y la garantía de imparcialidad e imparcialidad en los términos señalados precedentemente. Sentado ello, corresponde determinar si en el caso de autos tales parámetros han sido observados.

La respuesta negativa se impone, puesto que, tal como sostiene la recurrente y surge de las constancias de audio y video acompañadas, el magistrado sentenciante ha excedido el marco de las facultades conferidas por el ordenamiento procesal en oportunidad de efectuarse el interrogatorio de testigos.

A modo ilustrativo, es pertinente señalar alguno de esos episodios, entre otros que se verifican en el sentido referido.

Así, en el inicio de la declaración de Mónica Roxana Mujica, una vez que ésta fue informada del motivo de la citación e interrogada acerca de su conocimiento personal de los imputados, antes de iniciar su deposición espontánea del hecho, y aún de forma previa a cederle la palabra a la parte procesal que la ofreció su declaración como prueba –el representante del Ministerio Público Fiscal– (ver registros audiovisuales, audiencia del 13/11/2018, 1:07:00), el juez le adelantó a la testigo una información vinculada al modo en que ella tomó conocimiento de lo acontecido, que obviamente todavía no surgía de sus dichos, ya que no había comenzado a declarar.

En esa primera oportunidad, el magistrado le preguntó: «¿usted sabe algo, usted estaba con él, estaba hablando por teléfono con él?» (1:04:25). Esa pregunta fue contestada de manera afirmativa por la declarante, al ratificar que, cuando se sucedieron los hechos, ella efectivamente se encontraba hablando por teléfono con la víctima. Acto seguido, la volvió a interrogar acerca de cuál fue su comportamiento ni bien escuchó, a través de la comunicación telefónica mantenida con Duarte, preguntándole: «¿qué hizo usted, colgó y llamó a alguien, hizo algo?» (1:05:10). Ante su respuesta, involucrando a otra persona – Laura Isabel Rosas–, le pidió que informara el domicilio de ésta y, además, cuál había sido su comportamiento ante el requerimiento telefónico efectuado, interrogándola: «¿qué fue lo que hizo Laura, llamó a la policía?» (1:06:01). Una vez finalizado el interrogatorio del fiscal, le cedió la palabra a la defensa de los acusados, y tras evacuar la primera de las preguntas, el juez interrumpió el interrogatorio y expresó: «perdón, debe haber un error en la interpretación porque [...]», y tras una breve intervención del fiscal, hace su propia interpretación de los dichos de la testigo, afirmando que «en el momento del disparo estaba hablando con usted y Laura no estaba, por eso es que usted la llama a Laura para que Laura vaya a ver qué había pasado [...]», para concluir en que «ahora sí me cierra» (a partir de 1:13:30 hasta 1:14:30). Por último, en el pasaje de la declaración en la que la testigo se refería al monto de la operación de compraventa del inmueble entre el denunciante y uno de los imputados, el juez interrumpió nuevamente a la declarante para vincular su declaración con la exposición prestada previamente por Juan Ramón Duarte (a partir de 1:16:00), para recalcar: «por suerte tengo memoria auditiva» (1:16:21).

A continuación, entró a la sala a deponer una de las testigos ofrecidas por la defensa – Yésica Pallero– (a partir de 1:18:00). Es aquí, durante su declaración, que la irregular y extralimitada actuación del magistrado interviniente si hizo aún más patente. En efecto, luego de ser interrogada por el sentenciante acerca de aspectos que nada tenían que ver con el hecho juzgado (1:19:56), y mientras contestaba preguntas de la defensora, la espetó a viva voz «[...] Señora, espere, espere, [...] discúlpeme doctora [por la defensora], mire, no tiene sentido lo que está diciendo, no tiene sentido, porque escucha ruido, sale, y se están peleando, y después me dice no le pedía disculpa por el tema de la plata. Señora, se están agarrando a piñas, se están pegando con todos, usted sale porque es un escándalo [...] Señora, por favor, deje de mentir».

Luego de ello, ironizó acerca del modo de expresión con el que, según la testigo, se habrían manifestado los sujetos involucrados en el enfrentamiento, utilizando expresiones de tono burlescas para exponer su propia interpretación de los hechos a la luz de lo narrado por la testigo (a partir de 1:25:23).

La indebida actuación del juzgador no cesó, pues luego de la pregunta formulada por la defensora respecto a su conocimiento sobre la venta de la casa al denunciante por parte de uno de los coimputados -Lucas Gómez-, nuevamente el magistrado interrumpió su alocución, interpellándola «¿quién lo vendió?», «¿porqué no lo vendió la prima que era la que tenía que venderlo, que era la dueña, la usurpadora?» (a partir de 1:26:43).

No satisfecho con la respuesta brindada, al tiempo que la testigo solicitaba permiso para efectuar algunas aclaraciones, ello le fue tajantemente denegado por el juez quien, de manera súbita y terminante, dio por terminada la declaración testimonial, sin siquiera cederle la palabra al representante fiscal, exigiéndole a la compareciente que se retirara inmediatamente de la sala (1:28:20). Asimismo, esta conducta del juzgador también se advierte al tiempo de prestar su declaración la testigo Laura Isabel Rosas. En esa oportunidad, previo a otorgarle la palabra al representante del Ministerio Público Fiscal (ver registros audiovisuales, audiencia del 05/12/2018, 0:19:57), durante aproximadamente veinte minutos, efectuó un sinnúmero de preguntas, observaciones e interpretaciones del relato de la deponente, las que en su conjunto denotan el ejercicio de una actividad requirente e impulsora del proceso que lejos está de corresponder con la debida a su rol de tercero imparcial e imparcial.

Así, tras un breve relato espontáneo, ante la mirada de las partes, el juez comenzó preguntándole a la testigo: «¿pero usted eso lo vio o ya estaba en otro lado y usted estaba hablando por teléfono, o donde estaba usted?» (0:06:59), «¿a ver, usted donde estaba físicamente, adentro de la casa de Duartes?» (0:08:03). Luego la declarante fue requerida por el magistrado para que explicara ya que «no entendía bien» y le preguntó: «¿usted le pega con un hierro, quien le pega con un hierro, Lucas?», y continuó «ella [por la coimputada Campos] lo quería sacar a Lucas de encima?» (a partir de 0:13:12).

Acto seguido, continuó con las preguntas hacia la declarante (0:15:32), describiendo e interpretando los hechos a la vez que le consultaba «después de eso, entran los dos, usted y él, entran, él [por el denunciante] estaba lastimado?», y tras la respuesta de la testigo, la interrumpió y le preguntó sobre las características de la discusión previa que mantuvieron la víctima con Gómez durante el transcurso de la tarde. Luego le preguntó por las lesiones que presentaba la víctima, para a continuación decirle «ahí usted lo ayuda a entrar, estaba herido, ¿dónde?, ¿dónde tenía el impacto de bala, en la tetilla más o menos, por ahí?» (a partir 0:18:24). Incluso, cuando estaba siendo interrogada por la defensa, en un momento dado, le preguntó acerca de los instrumentos utilizados en el suceso, «los dos hierros que vio, el primero cuando lo amenazó a las cuatro y media de las tarde, ¿era distinto que el otro?, porque dijo que era más corto, ¿era el mismo? ¿amarillos los dos?» y afirmó «el segundo era amarillo» (a partir de 0:30:05). Por último, compareció otra de las testigos ofrecidas por la defensa, la Sra. Daniela Longo, quien luego de advertirle sobre las penalidades previstas para el delito de falso testimonio, y de referirle que «tengo la autoridad suficiente para ordenarle la detención en caso de creer que usted está mintiendo» (0:38:28), intercaló preguntas mientras desarrollaba el interrogatorio la defensa.

En diversos momentos, el juez preguntó «¿a qué hora fue, a la siesta?» (0:41:56), «¿había un auto cerca?» (0:42:26) y, tras contestar de manera que no había escuchado ningún disparo, aquel se dirigió a la testigo diciéndole «le aclaro que sí hubo un disparo, porque una persona salió herida de bala, así que evidentemente hubo un disparo [...] usted no lo escuchó, pero hubo un disparo evidentemente porque salió herido de bala, la única posibilidad que salga herido de bala es que haya un disparo[...] el inicio de la pelea fue un disparo» (a partir de 0:42:47).

Con lo cual, más allá del aspecto cuantitativo de las preguntas, como también el momento de su realización, cualitativamente no pueden ser interpretadas como de tinte aclaratorio. Fueron, en este caso

en particular, esenciales para la decisión adoptada, ya que estuvieron relacionadas específicamente con el hecho tenido por probado.

Los interrogantes formulados, y el modo utilizado por el sentenciante para ejercer sus facultades de dirección del debate oral, aspectos de los que sólo algunos han sido mencionados aquí, bastan para demostrar que, tanto cuantitativa como cualitativamente, el juez asumió en el proceso un rol protagónico que implicó un evidente apartamiento de su función como órgano observador imparcial de la actividad de las partes.

Esta actuación resulta incompatible con el esquema acusatorio que rige constitucional, convencional y legislativamente. De esta forma se ha dicho que una actuación de esas características implicaría una vuelta a un sistema de tipo inquisitivo, en el cual el juez tenía una actividad oficiosa en la que ocupaba el rol de juez y acusador al mismo tiempo, y por ende él mismo buscaba la verdad real, llegando a creer que sólo era factible encontrarla encargándose el propio juez de buscar las pruebas que necesitaba para respaldar el convencimiento de la acusación (**Alvarado Velloso, Adolfo y Alvarado, Mariana, «Textos de Teoría General del Proceso», en Los sistemas de enjuiciamiento judicial», Ed. Astrea, 2005, Buenos Aires, tomo II, p. 136/137**), citado en los antecedentes ut supra referenciados. Lo expresado pone de manifiesto la vulneración de la garantía de juez imparcial, la que –según entiendo– constituye un vicio con la entidad suficiente para producir la anulación de la sentencia y del debate que dio lugar a ella, de conformidad a lo dispuesto por el art. 486 del CPP.

Por todo lo cual, se torna en abstracto tener que pronunciarme por el resto de los cuestionamientos vertidos por las partes recurrentes.

En definitiva, y opinión concordante del señor Procurador General de esta Suprema Corte de Justicia, estimo que debe contestarse de manera afirmativa la primera cuestión planteada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate efectuado, la Sentencia N° 407 (fs. 498/499), su aclaratoria (fs. 506 y vta.) y sus fundamentos que obran en soporte audiovisual. En consecuencia, deberán remitirse los presentes al Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.). ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa oficial de los imputados.

2.- Anular el debate, la Sentencia N° 407 (fs. 498/499) y su aclaratoria (fs. 506 y vta.), y sus fundamentos obrantes en soporte audiovisual, dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial.

3.- Remitir las presentes actuaciones al Primer Tribunal Penal Colegiado, a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se realice un nuevo juicio (art. 486 C.P.P.).

4.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

35- CORTEZ VELAZQUEZ. 14-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-1°
-	-	-	AI	PCE	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191114_FcCortez.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo del CP

Vox: Robo. Arma impropia. Rueda de reconocimiento de personas. Falta de lesividad. Análisis integral de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena **de cinco años de prisión** como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, 1° párrafo del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 319 pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

L.S. 186-427, 153- 011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro (Licencia). Valerio.

(C.T.)

Fallo.

CUIJ: 13-04728547-4/1((018602-115363)) FC/ CORTEZ VELAZQUEZ VICTOR, VIDELA LUCERO EMANUEL P/ ROBO AGRAVADO (115363) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104805319*

En Mendoza, a los catorce días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13- 04728547-4/1 caratulada "F. C/ CORTEZ VELÁZQUEZ VÍCTOR OSCAR Y VIDELA LUCERO EMANUEL ERNESTO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa particular de Víctor Oscar Cortez Velázquez interpone recurso de casación (fs. 761/764 vta.) contra la Sentencia N° 319 (fs. 754 y vta) en tanto resultó condenado a la pena de cinco años de prisión como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, 1° párrafo del CP); fallo pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida:

En lo que aquí interesa destacar el magistrado de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de citación a juicio, esto es que, el 10 de agosto de 2017, a las 20:30 aproximadamente en calle Lavalle y Sardi de El Algarrobal, Las Heras, Emanuel Ernesto Videla Lucero y Víctor Oscar Cortez Velázquez, munidos ambos de armas de fuego y a bordo de una moto 150 cc de color negra y naranja, interceptaron a Nancy Yolanda Suárez Benavidez y Daiana Elizabeth Fernández, a quien golpearon con la cache del arma en el ojo y le sustrajeron: un bolso de color marrón oscuro que contenía un celular marca Samsung Galaxy J7, en su caja recién comprado de color negro con su cargador, los auriculares y una tarjeta de memoria de 16 GB, un celular marca Samsung de color negro, con chip de la empresa Personal y tarjeta de memoria, cinco mil pesos en efectivo; una billetera de color negro con rojo, con los documentos de identidad de Nancy Suarez, Jorge Fernández y Bruno Fernández; una tarjeta de crédito Cencosud a nombre de Daiana Fernández; una tarjeta de la asignación universal del Banco Nación a nombre de Nancy Suarez y una tarjeta de Plan Progresar del Banco Nación a nombre de Daiana Fernández.

Para así decidir el tribunal valoró las declaraciones testimoniales de Sonia Beatriz Lucero, de Javier Cortez, de Mariana Estefanía Lucero, de Marco Eduardo Sánchez, de Daiana Elizabeth Fernández, de Angelo Munafó, entre otros, y demás prueba instrumental debidamente detallada.

2.- Recurso de casación 474 1 Y 2

La defensa particular de Víctor Oscar Cortez Velázquez funda su reclamo en el art. 474 inc. 1 y 2 del CPP, por entender que la resolución cuestionada adolece de vicios formales que la invalidan como tal.

En este sentido se agravia por falta de observancia de las reglas de la sana crítica racional y, por tanto, entiende que la sentencia cuestionada carece de la debida motivación, y por tal motivo, a su criterio, la misma resulta arbitraria. En particular refiere que la arbitrariedad es evidente en relación a la valoración

de los testimonios rendidos en la audiencia de debate oral, especialmente los testimonios de Daiana Fernández Suarez, de Nancy Yolanda Suarez, de Jorge Antonio Alvarado, de Mariana Alvarado, de Sonia Lucero y de Domingo Gilli, en orden a la determinación de los hechos tenidos por acreditados. La defensa advierte idéntica falencia en relación a la valoración de los informes del CEO de la Policía de Mendoza y experimental departamental de Guaymallén respecto de la existencia de cámaras de seguridad en la intersección de ruta 24 y Buenos Vecinos del departamento de Guaymallén.

En igual sentido cuestiona los informes de llamadas del abonado celular de Víctor Oscar Cortez. Finalmente, se agravia por la violación del derecho de defensa, en relación a la solicitud sostenida desde el inicio de la investigación penal preparatoria respecto de las cámaras de seguridad públicas que podrían haber acreditado la presencia del imputado en un lugar distinto al de los hechos investigados en autos al momento en que ocurrió el hecho. Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General AGRAVIANTES GENERALIZADAS. RECHAZO

A fs. 775/776 vta., el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del recurso de casación articulado. En tal sentido entiende que la queja no es más que una declaración de enunciaciones agraviantes generalizadas sin concreción alguna que permita advertir con claridad sobre en qué puntos de la sentencia existe arbitrariedad o cuáles son los vicios concretos que plantea.

También entiende que las denunciadas violaciones a las garantías constitucionales resultan una mención superficial, sin comprobada lesividad a los intereses específicos de la causa penal, que carecen de relevancia necesaria a los efectos legales pretendidos.

4.- Informe oral

A instancia de la defensa se realizó la audiencia para informar oralmente el recurso de casación interpuesto, en la que reiteró los agravios expuestos en el escrito casatorio.

En oportunidad de la realización de la audiencia in voce el Fiscal Adjunto en lo Penal, Dr. Gonzalo Nazar, solicitó el rechazo del remedio intentado y ofreció las razones por las que consideró que la sentencia atacada no adolece de los vicios que pretende la defensa.

5.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su **anulación**, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153- 011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto el análisis detenido del recurso interpuesto me permite compartir las apreciaciones del dictamen del Procurador. Ello en cuanto afirma que el recurrente elabora una crítica general de la sentencia cuestionada, más no indica ni precisa concretamente los agravios específicos cuya existencia pretende.

Ahora bien, no obstante, la falencia advertida encuentro que el a quo ha motivado debidamente la existencia material del hecho y la intervención de los imputados en el mismo.

Para así resolver el a quo ha valorado el plexo probatorio que ha permitido mantener la hipótesis acusatoria del titular del Ministerio Público Fiscal. En ese orden resultaron decisivas las declaraciones testimoniales de Nancy Yolanda Suárez y de Daiana Elizabeth Fernández.

En particular Nancy Yolanda Suárez, quien a criterio del juzgador presentó una declaración sólida, serena, sin visos de parcialidad, con un relato que se mantuvo inalterable desde el comienzo de la investigación, fue categórica en todo momento al afirmar que conocía a ambos autores.

En este sentido indicó que Emanuel Ernesto Videla Lucero, alias el «carucha», era la persona que venía de acompañante en la motocicleta conducida por Cortez Velázquez y quien golpeó a su hija Daiana Elizabeth Fernández con un arma de fuego en la zona del ojo izquierdo.

En el mismo sentido, el a quo sostuvo que el testimonio de Daiana Elizabeth Fernández apareció preciso, abundante en detalles, a la vez que consistente (fundamentos, fs. 757).

Al respecto señaló que Emanuel Videla era conocido por ella y que lo identificó por la voz y por su rostro porque habían sido compañeros de la escuela primaria. Además, señaló a Videla como la persona que se bajó de la motocicleta, la tomó de atrás, la tiró al piso y la golpeó con un arma. También dijo conocer a Cortez Velázquez por ser cuñado de Videla y reiteró que le pudo ver el rostro en el momento del desapoderamiento.

Ahora bien, del análisis conjunto de los testimonios de Daiana Fernández y de Nancy Yolanda Suárez, el sentenciante reconstruyó la dinámica del hecho y la intervención de los acusados en él. Debe destacarse que el sentenciante refirió que aquellos testimonios de las víctimas fueron sinceros, objetivos, y carentes de animadversión.

Especificó, además, que explicaron detalladamente la conducta asumida por cada uno de los atacantes, presentando su relato una estructura coherente y permaneciendo inalterado, atento a que de las constancias de autos surge que, desde el primer momento, así como también al formular denuncia y prestar declaraciones testimoniales, las víctimas brindaron información coincidente en lo sustancial con la manifestada en el juicio (fs.757 y vta).

En otro orden, no debe soslayarse la valoración por el sentenciante del resultado de los reconocimientos en rueda de personas en los que ambas víctimas señalaron a Cortez Velázquez como autor del hecho (fs. 103, 104, 105).

A su vez debe señalarse que el juzgador también valoró que las lesiones de las víctimas se encontraban debidamente constatadas por los profesionales del Cuerpo Médico Forense. Así, refirió que el Dr. Herrera indicó que las lesiones que presentaban ambas víctimas resultaban compatibles con los golpes propinados para lograr desapoderarlas de sus bienes y doblegar la resistencia opuesta por Fernández (fs. 12, 13).

En relación a la valoración de la prueba documental y la pretendida afectación del derecho de defensa, comparto las apreciaciones del Procurador General cuando expresa que el defensor expone de manera superficial y sin una comprobada lesividad a los intereses específicos de la causa penal que, por otro lado carecen de relevancia a los efectos legales pretendidos.

A ello agrego que, conforme surge de las constancias de la causa, a instancia de la defensa (fs. 123, 124, 690) se ofició al Centro Estratégico Operacional para que informara y, en su caso, remitiera las video filmaciones de las cámaras de seguridad que hubiesen en el lugar del hecho investigado, sin que se lograra obtener registro alguno. Por lo que advierto que, aun cuando cada pretensión defensiva (fs. 228, 261) fue acogida por el fiscal de instrucción (fs. 233, 254, 257, 306, 713, 723), las medidas ordenadas no lograron el fin perseguido por los letrados defensores.

Ello en razón de que «en la época solicitada [de] las cámaras que se hubieran encontrado instaladas y funcionando, no se podría haber enviado el desgravado teniendo en cuenta que el requerimiento efectuado por esa instancia fue realizado en octubre del corriente año, y el suceso se produjo el año próximo pasado ya que el sistema transcurrido treinta días pierde las grabaciones» (fs. 723), lo que evidencia que la estrategia defensiva tuvo un obstáculo material que fue ajeno a la actuación del Ministerio Público Fiscal.

De este modo, estimo que existen motivos de peso para asignarle razón al tribunal sentenciante en sus conclusiones, las que se basan –como se señaló– en las declaraciones testimoniales de las víctimas y en el resultado de la rueda de reconocimiento de persona en la que se sindicara al imputado Cortez como uno de los autores del hecho (fs. 103, 104, 105).

Aquellas declaraciones fueron corroboradas por fuentes externas, tales como la constatación de las lesiones de las víctimas, siendo compatibles con la modalidad en el ejercicio de la violencia desplegada por parte de los imputados. Por otro lado encuentro cumplida la labor del juez de sentencia que ofreció las razones por la que los testimonios de Jorge Alvarado, de Domingo Gilli, de Mariana Lucero y de Angelo Munafó Pisinatti, nada aportaron ni lograron conmovir la acusación fiscal en orden a la intervención de Videla Lucero y Cortez Velázquez en el hecho investigado (fs. 758 y vta.).

Conforme a lo expuesto, y según lo entiendo, **el análisis integral de los elementos de prueba colectados** a lo largo de todo el proceso judicial, permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria, por cuanto resulta sustentada en prueba suficiente que acredita de manera clara e indubitable la realización del hecho ilícito y la intervención de los imputados Víctor Oscar Cortez Velázquez y Emanuel Ernesto Videla Lucero.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 761/764 vta., por la defensa de Víctor Oscar Cortez Velázquez.
- 2.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 14 de noviembre de 2019.-

36- OLGUIN CAMPAÑA. 20-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AF AI	-	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191120_FcOlguin.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 2° párrafo, 1° supuesto, 54 y 167 inc. 2 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Arma impropia. Poblado y banda. Concurso ideal. Mera discrepancia.

Summa:

El **TPC** condenó a Franco Rubén Olguín Campaña a la pena de **ocho años de prisión** y a Juan Mauricio Olguín Campaña a la pena de **nueve años y ocho meses de prisión**, como coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con los delitos de robo agravado por el uso de arma impropia y robo agravado en poblado y banda (arts. 166 inc. 2 segundo supuesto, 54, 166 inc. 2 primer supuesto y 167 inc. 2 del Código Penal) en la causa N° P-58.250/18.

La **defensa** de ambos imputados interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que considera que el recurso promovido no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

La **SCJM** resolvió rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Franco Rubén Olguín Campaña y de Juan Mauricio Olguín Campaña

Resolución cuestionada: Sentencia N° 405, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

Quiroga Morales. 10-09-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>

Parágrafos destacados

“La recurrente refiere el agravio sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada. “

“Es sabido que cuando se alega un vicio en la sentencia, no alcanza con su mera mención, sino que es requisito que esté fundado en forma completa”

“Estimo que el mencionado agravio resulta una mera conjetura de la recurrente con el fin de desacreditar la participación de los imputados en el hecho investigado. “

“El hecho de que no se hayan secuestrado los elementos sustraídos en el domicilio de los imputados, así como tampoco el arma de fuego utilizada en el hecho, no los desliga de responsabilidad como pretende la recurrente.

“Tal como hice referencia anteriormente, la recurrente no señala concretamente cual es el vicio, ni demuestra como se habría producido, así como tampoco explica su decisividad en relación al resultado del fallo que ataca.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(C.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04766221-9/1((018602-58250)) F. C/ OLGUIN CAMPAÑA JUAN MAURICIO Y OT. P/ ROBO AGRAVADO (58250/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104844425*

En Mendoza, a los veinte días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04766221-9/1, caratulada "F. C/ OLGUIN CAMPAÑA, JUAN MAURICIO, OLGUIN CAMPAÑA FRANCO RUBÉN E IBACETA, GISEL JOHANA P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Juan Mauricio Olgúin Campaña y de Franco Rubén Olgúin Campaña interpone recurso de casación (fs. 369/375 vta.), contra la Sentencia N° 405 (fs. 353 y vta.) y sus fundamentos (fs. 354/360 vta.), mediante la cual se lo condenó a Franco Rubén Olgúin Campaña a la pena de ocho años de prisión y a Juan Mauricio Olgúin Campaña a la pena de nueve años y ocho meses de prisión, como coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con los delitos de robo agravado por el uso de arma impropia y robo agravado en poblado y banda (arts. 166 inc. 2 segundo supuesto, 54, 166 inc. 2 primer supuesto y 167 inc. 2 del Código Penal) en la causa N° P-58.250/18.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de sentencia tuvo por acreditado que «el día 21 de julio de 2018, a las 01:00 horas aproximadamente, Juan Mauricio Olgúin Campaña, Franco Rubén Olgúin Campaña y un sujeto NN (a) "El Salteño", ingresaron a la vivienda de Rafael Hilarión, sita en calle Pilcomayo, Barrio El Portal, manzana J, casa 01, de El Algarrobal, Las Heras, en instante en el que Juan Mauricio Olgúin Campaña, esgrimiendo un arma de fuego le apuntó a la víctima a la cabeza y le solicitó que se quedara quieto, mientras Franco Rubén Olgúin Campaña sustraía un celular marca HUAWEI, color blanco. Luego Juan Manuel Olgúin Campaña, le propinó un golpe en la cabeza con la cachapa del arma a María Antonieta Flores, ocasionándole una escoriación de 1 cm en región occipital izquierda, logrando sustraerle un teléfono celular marca LG, color negro. Luego le efectuó un disparo de arma de fuego en la pierna izquierda a Rafael Andrés Hilarión, dejándolo lesionado.

En momentos de darse a la fuga, los sujetos le propinaron un golpe en la cabeza a Hugo Hilarión Cruz, provocándole una herida de 5 cm en la región parietal derecha en el cuero cabelludo, y luego se retiraron del lugar, sustrayendo un televisor marca SANYO de 43" Smart TV, de color negro, un DVD marca PHILIPS, un celular marca HUAWEI 16 de color blanco con el vidrio trisado, un celular marca SAMSUNG Core 2 color blanco, con el escudo del Tomba de fondo de pantalla y un celular marca LG de color negro». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Talía Silvia Rocha Liquitay, Rafael Andrés Hilarión, Hugo Hilarión Cruz y María Antonieta Teresa Puma

Flores, el acta de procedimiento de fs. 1/2 y los exámenes médicos practicados a las víctimas por intermedio del Cuerpo Médico Forense.

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP. Sostiene que en los fundamentos de la sentencia se observan dos partes bien definidas. La primera de ella es descriptiva, donde se hace referencia a los hechos investigados y a los testimonios.

Argumenta que allí no se contiene ninguna actividad valorativa, ni existe formulación de juicio crítico, solamente se describen las declaraciones prestadas por los testigos en la audiencia oral. La segunda parte contiene la actividad crítica del tribunal de sentencia, con referencia a cuestiones de hecho y de derecho, que pone fin al debate y condena a los imputados a la pena mencionada.

Estima que el sentenciante omitió valorar prueba que fue incorporada a lo largo del juicio y que hubiera permitido alcanzar otro resultado, como por ejemplo, la declaración testimonial de Rafael Hilarión, quien se mostró reticente y con deseo de no continuar con la denuncia formalizada.

Considera que su relato tuvo poca solidez, en tanto señaló que ingresaron a su inmueble tres sujetos encapuchados manifestando que se trataba de los hermanos Olgúin. Considera que la declaración de Hilarión es mendaz, si se compara las características físicas de los autores del hecho aportadas por el testigo al formalizar la denuncia con las descriptas por personal policial al momento de ser aprehendidos los acusados, pocos días después de sucedido el ilícito. Argumenta que el denunciante expresó que creía que Mauricio Olgúin tenía más de 20 años y ojos de color del tiempo, medio grises; y que Franco Olgúin media 1,50 de estatura, delgado, de piel blanca, de 18 o 19 años y de ojos medios verdes.

Frente a ello señala que personal policial manifestó, al momento de confeccionar el acta de aprehensión (fs. 59 y 66) que Mauricio Olgúin tenía 36 años de edad, de 1,55 de altura y cabello castaño oscuro, y que Franco Olgúin tenía 28 años de edad, de 1,65 de altura, tez trigueña, delgado y cabello oscuro. En este sentido, afirma que las diferencias morfológicas de los autores del hecho es determinante para descartar su autoría. Expresa que el material probatorio afirma su tesis, atento a que el padre del denunciante, Rafael Hilarión, durante el debate manifestó que la vinculación de los hermanos Olgúin fue una suposición de su hijo, y que éste, el día de los hechos se encontraba alcoholizado porque se había reunido la familia a festejar el día del amigo.

Aclara que durante el curso de la investigación se efectuaron distintos allanamientos en el inmueble de Olgúin, tal como se desprende de fs. 63 y 64, los que dieron resultado negativos en cuanto al hallazgo de los elementos sustraídos y del arma utilizada en el hecho. Asimismo, estima que resulta relevante la falta de huellas de los imputados en el interior del inmueble de la familia Hilarión, conforme se desprende del informe de criminalística de fs. 197, atento a que los testigos presenciales manifestaron que los autores se desplazaron por el interior del inmueble. Por lo tanto, considera que es posible que se haya producido el ilícito pero que los autores no hayan sido Mauricio y Franco Olgúin.

Por lo expuesto, advierte que la motivación llevada a cabo por el tribunal sentenciante carece de la suficiente entidad como para arribar a la certeza requerida en esta etapa, advirtiendo que el estado de duda no ha sido superado, ello sumado al principio de inocencia que asiste a toda persona imputada de un delito. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso promovido no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada. En efecto, sostiene que la recurrente

pretende una revisión ex novo de lo que ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de acusación y defensa.

Considera que la sola reiteración de la posición defensiva, no alcanza para romper el cuadro probatorio evaluado por el sentenciante en la sentencia. Estima que los agravios enumerados, más que vicios en la sentencia, reflejan su disconformidad, en el legítimo ejercicio de su cargo, con la interpretación dada al plexo probatorio por el sentenciante.

Concluye que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada posea motivación ilógica, arbitraria, que se haya omitido la valoración de prueba alguna o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que expresa que el planteo defensivo es infundado y no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Así, luego del análisis de los fundamentos del fallo cuestionado, y de la impugnación promovida entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por la recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante. Veamos.

En primer lugar, entiendo que debe ser rechazado el agravio referido a que el sentenciante omitió valorar la declaración de Rafael Hilarión, quien se mostró reticente y con deseo de no continuar la denuncia, y que su valoración hubiera permitido alcanzar otro resultado.

Al respecto, estimo que la recurrente refiere el agravio sin explicar concretamente cuál es el vicio, cómo se produjo y cuál es la decisividad del mismo en relación al resultado del fallo que ataca, como así tampoco explica por qué razón su valoración haría variar la solución adoptada.

Es sabido que cuando se alega un vicio en la sentencia, no alcanza con su mera mención, sino que es requisito que esté fundado en forma completa. Asimismo, considero que la declaración de Rafael Hilarión no fue mendaz, como sostiene la recurrente.

En efecto, el sentenciante consideró que su versión fue contundente, precisa y circunstanciada, dotándola de pleno valor convictivo, sin perjuicio de que al comienzo del relato se mostró nervioso al ser intimado, en dos oportunidades, por los imputados para que retirara la denuncia, atento a que la víctima aseguró conocerlos del barrio.

Estimo, por lo tanto, que no hay motivos para poner en duda la declaración del testigo, ni mucho menos para dudar que Franco Rubén y Juan Mauricio Olguín Campaña fueron los autores del hecho, tal como lo pretende la recurrente.

A su vez, el tribunal sentenciante sostuvo que la declaración de Rafael Hilarión fue corroborada por la testimonial de Talía Silvana Rocha, quien se mostró concisa, franca y confiable, afirmando conocer de vista a los autores, siendo, por dichos de ella, «el Mauri y el Franco de apellido Olguín [...]». También aquella declaración fue avalado por el testimonio de María Antonieta Puma (madre del denunciante) y por el de Hugo Hilarión.

En segundo lugar, si bien es cierto que la descripción de los autores aportada por el testigo Rafael Hilarión, no coincidió con la descripción realizada por personal policial al momento de la aprehensión, considero que esta situación no resulta decisiva para descartar la autoría de los imputados en el hecho investigado.

En el caso concreto, la descripción de los autores por parte de Rafael Hilarión y su correlato con las características morfológicas de los acusados no resulta determinante, atento a que la sentencia, para acreditar la autoría de los imputados, se sustentó en otros elementos de juicio suficientes y válidos.

Así, por ejemplo, los dichos del propio Rafael Hilarión, quien sindicó a los imputados como dos de los sujetos que ingresaron a su domicilio, asegurando además conocerlos del barrio; por su parte, los testimonios de Talia Rocha, María Antonieta Puma y Hugo Hilarión, quienes corroboraron la versión de aquel.

A su vez la credibilidad del relato de las víctimas se corrobora con sus exámenes físicos realizados por el Cuerpo Médico Forense, que acreditaron las lesiones sufridas y confirmaron la veracidad de sus dichos.

Por lo tanto, considero que excluyendo esa descripción física, la conclusión a la que arribó el tribunal de sentencia hubiera sido la misma. Conforme a ello, estimo que el mencionado agravio resulta una mera conjetura de la recurrente con el fin de desacreditar la participación de los imputados en el hecho investigado.

En tercer lugar, el hecho de que no se hayan secuestrado los elementos sustraídos en el domicilio de los imputados, así como tampoco el arma de fuego utilizada en el hecho, no los desliga de responsabilidad como pretende la recurrente.

En tanto se advierte que los allanamientos fueron realizados varios días después de sucedido el hecho, por lo que tuvieron tiempo suficiente para deshacerse de ellos. A ello debe agregarse que no existe regla alguna que lleve a sostener, necesariamente, que el autor de un hecho de las características del ahora analizado resguarda los elementos de los que se ha apoderado ilegítimamente en su domicilio. Lo mismo puede señalarse en relación a la pretendida falta de huellas dactilares de los autores en el interior del domicilio de las víctimas, en tanto tampoco resulta relevante para anular la sentencia.

Tal como hice referencia anteriormente, la recurrente no señala concretamente cual es el vicio, ni demuestra como se habría producido, así como tampoco explica su decisividad en relación al resultado del fallo que ataca.

Por lo que considero que tal agravio debe ser rechazado, atento a que existen motivos de peso -como es el reconocimiento espontáneo de los imputados por parte de Rafael Hilarión- para asignarle razón al tribunal de sentencia en sus conclusiones, es decir, que existen elementos de prueba suficientes para arribar a la certeza requerida y condenar a los imputados por el hecho investigado en autos.

Conforme a todo lo señalado, puede concluirse que no se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio que lo llevaron a tener por acreditada la materialidad del hecho y la vinculación de los acusados en su comisión, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Advierto, que la recurrente pretende una nueva revisión de lo que fue tratado en el debate y sometidos a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los **cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal en la fundamentación del fallo, carentes del sustento probatorio.**

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Franco Rubén Olguín Campaña y de Juan Mauricio Olguín Campaña. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa de Franco Rubén Olguín Campaña y de Juan Mauricio Olguín Campaña.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

37- GONZALEZ ZACCA. 25-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														414
														198
-	M	-	AF	-	-	-	CO	-	-	-	-	-	N	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGonzalez.pdf

Lex: Arts. 45, 165, 41 quater CP Art. 198, inc. 2 C.P.P.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego. Homicidio en ocasión de robo. Nulidad de sentencia. Absolución.

Summa:

La **Excma. Quinta Cámara en lo Criminal** absolvió a Mario Javier González Zacca como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo.

La entonces Tercera **Fiscalía** de Cámara del Crimen interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP), solicitando que la Suprema Corte de Justicia dicte sentencia haciendo lugar al recurso interpuesto, declare la nulidad del debate oral y su remisión al Tribunal que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral, o en subsidio, que case la resolución impugnada dictando sentencia condenatoria a la pena de 15 años de prisión en efectivo.

El **Procurador General** se remite a lo expresado oportunamente por el entonces Fiscal de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen en su recurso de casación.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el entonces titular de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen, declarar la nulidad del debate, la sentencia y sus fundamentos (art. 198 inc. 2 del CPP).-

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4699, pronunciada por la Quinta Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1°)- 1° CJ.

Precedentes citados

SCJM. Dres.: **Valerio** (preopinante) Adaro (A.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04011755-9/1((010505-86961)) FC/GONZALEZ ZACCA MARIO JAVIER P/ROBO AGRAVADO (86961) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104067898*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04011755-9/1, caratulada "F. C/ GONZALEZ ZACCA, MARIO JAVIER P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El titular de la entonces Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial interpone recurso de casación (fs. 607/619) contra la Sentencia N° 4.699 (fs. 583 y vta.) y sus fundamentos (fs. 585/594), mediante la cual se absolvió a Mario Javier González Zacca como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 45, 165, 41 quater C.P.) en la causa N° P-86.961/15.

El pronunciamiento fue dictado por la entonces Quinta Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Como se adelantó, el tribunal de la instancia anterior absolvió por el beneficio de la duda a Mario González Zacca del delito atribuido en las presentes actuaciones. Al respecto tuvo por acreditada la materialidad del hecho, esto es la existencia del asalto a mano armada en la Cooperativa "La Ramada" y que allí falleció -por impacto de un disparo de arma de fuego- uno de los codelincuentes, Gustavo Daniel Rivas, por la pronta reacción del custodio de dicha Cooperativa, el policía retirado Castro Bernabé Miguel. Sin embargo, no tuvo por probada la participación criminal de Mario Javier González Zacca como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo penado por el art. 165 del C.P., dado que no pudo ser acreditado que el individuo que ingresó en un primer momento a las oficinas de la Cooperativa, blandiendo un arma de fuego tipo pistola calibre 9 mm y que luego se la diera al coimputado Gustavo Daniel Rivas, fuera González Zacca. Ello atento a que los únicos elementos probatorios que vinculan a éste último a la causa son tres reconocimientos en rueda de personas, que tienen diferencias y no son congruentes entre sí, por lo que no generaron certeza requerida para condenar. A ello sumó que no existían otros elementos de prueba que indicaran la participación del acusado en el hecho habiendo, por el contrario, elementos que permitían poner en tela de juicio, tal circunstancia. Para así decidir valoró, primordialmente, la declaración testimonial de Bernabé Miguel Castro Cruz, Raúl Lemos, Jorge Luis Acevedo, Martín Spinelli, Ariel Alfredo Carrasco, Diego Navarrete, los reconocimientos en rueda de personas, el acta de procedimiento policial, el acta de filiación morfológica y de vestimenta del imputado Mario González Zacca, el acta de allamamiento en el domicilio del imputado González Zacca y el informe de policía científica.

2.- Recurso de casación

Los motivos de la impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal se enmarcan en las disposiciones del art. 474 incisos 1 y 2 del CPP. Alega que el tribunal no aplicó correctamente el método de la sana crítica racional al valorar la prueba.

En este sentido entiendo que el juez de la instancia anterior le dio un valor preponderante a la descripción física que dieron los testigos Spinelli, Castro y Acevedo, restándole así valor al reconocimiento coincidente que hicieron éstos respecto del acusado.

Del tal manera, sostiene, las diferencias en relación al color de piel, la edad, el corte de cabello, o la estatura a las que se refirieron los declarantes respecto del autor del hecho no pueden resultar dirimientes para desvirtuar el reconocimiento efectuado.

Del tal manera, considera que el juez de sentencia no brindó adecuadamente los motivos que lo llevaron a comprender que los reconocimientos afirmativos no debían tener valor convictivo. Por otra parte, el representante del Ministerio Público Fiscal considera que resulta errónea la alegación del a quo en cuanto a que el reconocimiento del testigo Ariel Alfredo Carrasco no tiene valor convictivo alguno para afirmar la participación del encartado. Ello atento a que sostiene que no es que el reconociente indicara el número 2, sino que el mismo expresó «[...] que el dos no es seguro, me parece que puede ser el cuatro. No estoy muy seguro. Es el estilo del cuerpo [...]». Afirma que el testigo señaló al número 4 por el color de la piel y sostiene que si bien es un reconocimiento dubitativo, también sindicó al autor del hecho y lo describió como de tez trigueña. Por todo lo expuesto, el fiscal solicita que esta Suprema Corte de Justicia dicte sentencia haciendo lugar al recurso interpuesto, declarando la nulidad del debate oral y su remisión al Tribunal que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral, o en subsidio, que case la resolución impugnada dictando sentencia condenatoria a la pena de 15 años de prisión en efectivo. Hace expresa reserva de recurrir en queja por denegación formal del recurso de casación y del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General se remite a lo expresado oportunamente por el entonces Fiscal de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen en su recurso de casación obrante a fs. 607/619, argumentos que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que corresponde hacer lugar a la impugnación interpuesta por el entonces titular de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen.

Luego del análisis del recurso como de la resolución atacada, arribo a la conclusión de que la motivación de la sentencia se encuentra viciada, en tanto se ha efectuado una errónea valoración de la prueba incorporada, concretamente, de los reconocimientos en rueda de personas.

En este sentido, surge de los fundamentos del fallo atacado que el juez de sentencia no valoró adecuadamente los reconocimientos en rueda de personas realizados por los testigos Castro, Acevedo y Spinelli. Ello en tanto fueron realizados aproximadamente dos meses después de ocurrido el hecho, por lo que al haber transcurrido tan breve lapso, los testigos reconocieron al imputado González Zacca como uno de los autores del hecho, sin que sea determinante ni esencial para su valoración la circunstancia de que no coincidiera la descripción física, como por ejemplo la edad, su altura, y el color de piel del imputado, tal como hizo referencia el tribunal a quo. Dicho en otros términos, aun cuando existieran

diferencias en la descripción previa por parte de los testigos en relación a uno de los sujetos que intervino en el hecho investigado, lo cierto es que los tres fueron categóricos al momento de reconocer a González Zacca.

Debe mencionarse además que los reconocimientos fueron realizados con la presencia de la codefensora en turno y munidos de todas las formalidades requeridas para la realización de tal acto, lo que evidencia que no existió ninguna irregularidad que afectara su validez.

Asimismo, estimo que el tribunal sentenciante no brindó adecuados fundamentos, conforme a los criterios que surgen de la sana crítica racional, de cómo y por qué razón tres personas diferentes sindicaron al acusado como autor del hecho investigado. En primer lugar, considero que el argumento vinculado a la diferencia de la edad del autor del hecho, como así también su altura, señaladas por los testigos, son apreciaciones subjetivas que no son fácilmente advertibles en un suceso traumático, como el ocurrido en autos.

En tal sentido corresponde asignar razón al recurrente cuando sostiene que todas las indicaciones realizadas por los testigos en cuanto a la concreta edad del autor fueron efectuadas con aproximación, atento a que nadie, por el sólo hecho de ver a una persona, puede indicar con precisión absoluta su edad. A ello debe agregarse que no existen diferencias fisiológicas y fisionómicas notables entre personas cuya edad oscila entre los diecinueve y veinticinco años.

De tal manera considero que el a quo no ha apreciado debidamente la circunstancia mencionada para descartar un reconocimiento por el hecho de que la edad no coincida con la que tenía el acusado, más aún cuando la edad es tan variable a la apreciación y percepción humana.

En segundo lugar, en cuanto al corte de cabello del autor, debe decirse que los reconocientes describieron de diverso modo el cabello del autor del hecho: Castro expresó que tenía el cabello semi corto; Acevedo que tenía el pelo negro rapado a los costados y con pelo arriba; y, Spinelli, pelo corto y prolijo. Ahora bien, advierto que los tres testigos -Castro, Acevedo y Spinelli- fueron coincidentes en un rango de corte de cabello y las diferencias destacadas por el a quo considero que se refieren a cuestiones vinculadas a las percepciones que cada sujeto tuvo en el evento, pero que de modo alguno desvirtúan el valor del reconocimiento realizado. En tercer lugar, en cuanto al color de tez del autor del hecho el a quo sostuvo que del examen de visu realizado a González Zacca por ese tribunal surgía que su tez era trigueña y no blanca. Consideró que esa diferencia, sumada a las otras advertidas, descartaba el valor convictivo de cargo de los reconocimientos en rueda de personas realizados por Spinelli -quien se refirió en este sentido a la tez trigueña del autor del suceso- y Acevedo -quien se expidió en el sentido de que tenía tez de color blanca-. Esta conclusión también adolece de los vicios antes señalados. En cuarto lugar, respecto a la estatura del autor del hecho, el juez de la instancia anterior señaló que los tres reconocientes no coincidieron en este aspecto físico del acusado, quien mide 1.90 mts. Sin embargo, asiste razón al recurrente cuando afirma que dos de los tres testigos se aproximaron a la altura concreta de aquél. Así, Spinelli describió al autor como una persona de 1.80 mts.; por su parte, Acevedo refirió que era de 1.80 o 1.85 mts.; y Castro expresó que medía 1.70 o 1.73 mts. En quinto lugar, debo referirme al valor que el a quo asignó al reconocimiento realizado por Ariel Alfredo Carrasco. En tal sentido sostuvo que el acto no tenía valor convictivo alguno para afirmar la participación del encartado, atento a las expresiones dubitativas que el reconociente tuvo al señalar que «[...] el dos no es seguro, me parece que puede ser el cuatro. No estoy muy seguro. Es el estilo del cuerpo [...]».

Entiendo que también le asiste razón al recurrente en este aspecto, toda vez que el testigo señaló al número cuatro por el color de la piel y sostiene que si bien es un reconocimiento dubitativo, sindicó al

autor del hecho y lo describió como de tez trigueña, por lo que considero que este agravio debe ser rechazado.

Ello me lleva a concluir que el juez de sentencia no brindó adecuadamente los motivos que lo llevaron a comprender que los reconocimientos afirmativos no debían tener valor convictivo de cargo, magnificando indebidamente algunas diferencias expresadas por los reconocientes las que, según entiendo, no ostentan la entidad asignada por el a quo para desvirtuar aquéllos. Este apartamiento por parte del a quo de las reglas de la sana crítica racional, llevan a la anulación de la resolución cuestionada.

Por todo lo expuesto, y en opinión concordante con la del Procurador General, corresponde contestar de manera afirmativa a la primera cuestión planteada, por lo que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde anular el debate, la sentencia y sus fundamentos, y remitir los obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el entonces titular de la Tercera Fiscalía de Cámara del Crimen, declarar la nulidad del debate, la sentencia y sus fundamentos (art. 198 inc. 2 del CPP).
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2019.-

38- GALLARDO SOTO. 07-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGallardo.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP.

Vox: Robo agravado. Arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada. Poblado y banda. Nulidad.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión de cumplimiento efectivo** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La sentencia es arbitraria e injusta al tener por probado un hecho a partir de un único indicio probatorio, el cual, según su entender, se encuentra viciado en su legitimidad procesal. Sostiene que, en el caso concreto el hecho se encuentra probado sólo por una prueba indiciaria, sin que existan otros elementos probatorios.

El **Procurador General** entiende que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria, o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que el planteo defensivo no debe prosperar.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación formulado.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 402, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Párrafos destacados

“Al respecto, es esencial destacar que una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal, es la existencia de un perjuicio real y concreto. Por lo tanto, quien la invoca debe demostrar el perjuicio concreto que le infiere el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que hubiese tenido el fallo de no haber existido ese defecto. Ello es así, en tanto el régimen de las nulidades no está establecido para preservar el cumplimiento de las formas del proceso, sino que su finalidad es la protección de los derechos de las partes.”

“Conforme lo ha sostenido en forma reiterada esta Sala, «[n]uestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes. Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés» (conf. «**Lorente, Luis Alberto**»)

SCJM. Dres.: **Valerio.** (preopinante) Adaro (adhierente)

(A.V.)

Fallo.

CUIJ: 13-04736537-0/1((018601-40943)) FC/ GALLARDO SOTO LUCIO Y/O GALLARDO SOTO MARCELO ISMAEL P/ ROBO AGRAVADO (40943) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104813684*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04736537-0/1, caratulada "F. C/ GALLARDO SOTO, LUCIO O GALLARDO SOTO, MARCELO ISMAEL P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Lucio Gallardo Soto o Marcelo Ismael Gallardo Soto interpone recurso de casación (fs. 442/451), contra la Sentencia N° 402 (fs. 408 y vta.) y sus fundamentos (fs. 409/420 vta.), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años de prisión de cumplimiento efectivo como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada en concurso ideal con robo agravado por ser en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 tercer párrafo, 54 y 167 inc. 2 del Código Penal) en la causa N° P-40943/17. El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «el día 7 de mayo de 2017, siendo aproximadamente las 22:30 horas, Lucio Gallardo Soto o Marcelo Ismael Gallardo Soto, con dos sujetos NN ingresaron con tres armas tipo revólver al domicilio sito en Barrio Huarpes III, Manzana I, Casa 19 de Carrodilla, Luján, donde se encontraba la Sra. Claudia Ester Roldán Dehesa, el Sr. Mariano Javier Maldonado junto a sus cuatro hijos menores de edad y, tras amenazar con arma de fuego, les sustraen varias pertenencias, entre ellas un bolso de cuero negro con treinta mil pesos en efectivo, para luego darse a la fuga del lugar a bordo de una moto con los elementos sustraídos a las víctimas».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Claudia Ester Roldan, Mariano Javier Maldonado García, Pedro Moreno, Marcela Daniela Magallán Calderón, Walter Nelson Navarro, Gustavo Diego Magne Chavarría, María Victoria Maldonado y Adriana Isabel Deheza; el informe de Departamento de Identificaciones Forense de fs. 17/18; el acta de reconocimiento de fs. 92/93, 119/120; el informe técnico de fs. 154/155; el informe de cotejo de fs. 206; y el informe de Policía Científica de fs. 281.

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1 y 2 del CPP. Sostiene que el tribunal de sentencia incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva al considerar penalmente responsable al imputado del delito investigado, por encontrar supuestamente su huella digital en el picaporte del baño de la vivienda de las víctimas. Siendo a su entender el único indicio por el cual el a quo arribó a esa conclusión.

En efecto, advierte que conforme surge de las constancias del expediente, de las declaraciones testimoniales vertidas en el debate oral y, de los fundamentos de la sentencia, las víctimas describieron a los autores, especialmente al que tenía un parche en el ojo (como lo tiene el imputado) con características físicas totalmente opuestas, por ejemplo, expresaron que el imputado era alto, de tez blanca y de cabello canoso, siendo que Gallardo Soto era de estatura media-baja, de tez morena y de cabello negro.

Asimismo manifiesta que las víctimas no lo reconocieron en la rueda de reconocimiento de persona. Expresa que el tribunal sentenciante enlaza el indicio de la supuesta huella digital del imputado con la declaración de Adriana Deheza (madre de Claudia Roldán), quien manifestó haber visto al imputado en horas de la noche días antes del robo bajando del techo del domicilio de su hija. Argumenta que la declaración de Adriana Deheza no aportó certidumbre con respecto a si Gallardo Soto estuvo en el interior del domicilio de las víctimas el 7 de mayo de 2017, alrededor de las 22:30 horas. Por lo tanto el recurrente considera que la sentencia es arbitraria, atento a que según su entender se aparta de la sana crítica racional y se basa en un juicio subjetivo sin apoyo de pruebas objetivas. Es decir, estima que no se encuentra acreditada con el grado de certeza la autoría del imputado en el hecho investigado. Por su parte, el recurrente plantea la nulidad del acta de procedimiento de Policía Científica de fs. 155 y vta., porque considera que se consignaron circunstancias falsas, como por ejemplo, la existencia de un testigo de actuación (Adriana Deheza) al momento del levantamiento de la huella digital. Según su entender, el informe sería nulo porque no hubo testigo de actuación, atento a que Policía Científica le hizo firmar el acta después de terminado el procedimiento. Por lo tanto, señala que, la testigo no presenció el procedimiento, sino que ingresó con posterioridad.

Asimismo manifiesta que durante el debate oral Adriana Deheza expuso tal circunstancia y que el tribunal a quo lo reconoció en los fundamentos. Argumenta que resultó improcedente y violatorio de las normas del derecho penal adjetivo la forma en que se practicó la pericia dactiloscópica y su introducción al proceso, atento a que considera que no obró en toda la actuación un acta de levantamiento de huellas y rastros de manera que permita determinar su legalidad. Sostiene que, la falta de cumplimiento de los requisitos de los arts. 147 y 150 del CPP no es subsanable por resultar una nulidad de carácter absoluta, en tanto fue una prueba incautada en la escena criminal sin guardarse las formalidades exigidas por la ley de procedimiento y la Carta Magna, afectándose la defensa en juicio, el debido proceso y el principio de legalidad.

El recurrente resalta que no estuvo de acuerdo con lo expresado por el sentenciante en cuanto a que el acta de fs. 155 y vta. no era nula porque tenía la firma del testigo de actuación. Sostiene que no interesa que el testigo firme el acta luego de realizado el procedimiento; por el contrario, el procedimiento debe llevarse a cabo con la presencia del testigo a fin de que vea de que lugar se extrajo la huella digital y de que forma se levantó.

Por último, considera que la sentencia es arbitraria e injusta al tener por probado un hecho a partir de un único indicio probatorio, el cual, según su entender, se encuentra viciado en su legitimidad procesal. Sostiene que, en el caso concreto el hecho se encuentra probado sólo por una prueba indiciaria, sin que existan otros elementos probatorios. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Fiscal Adjunto en lo Penal de la Procuración General

El Fiscal Adjunto considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

En efecto, advierte que la impugnación se basa en la reedición de la estrategia defensiva, lo cual no basta para conmover la sentencia atacada por encontrarse sólidamente fundada. Respecto a la autoría de

Gallardo Soto en el hecho investigado, sostiene que no le asiste razón al recurrente en su presentación en tanto manifiesta genéricamente que la valoración de la prueba fue contraria a las reglas de la sana crítica, con la pretensión de desligar de toda responsabilidad penal a su asistido.

Ello toda vez que ha quedado acreditado que el incuso, junto a dos sujetos no habidos ni identificados, ingresó al domicilio de las víctimas, en el que dejó sus huellas dactilares, y tras amenazarlas con armas de fuego, les sustrajeron varias pertenencias. En cuanto al planteo de nulidad del acta de fs. 155 y vta., refiere que tampoco puede tener acogida favorable. En tal sentido, señala que el sentenciante explicó los motivos por los cuales debía preservarse la escena del delito para evitar su contaminación. En virtud de lo expuesto, argumenta que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria, o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. Así, luego de una atenta lectura de los fundamentos del fallo cuestionado, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante. Veamos. En primer lugar, con respecto al agravio referido a que el sentenciante incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, al considerar penalmente responsable al imputado sólo por encontrar su huella digital en el picaporte del baño de la vivienda de las víctimas, estimo que no debe hacerse lugar. Al respecto el tribunal de sentencia, en razonamiento que comparto, consideró que la autoría del imputado se encontraba acreditada por dos elementos de prueba que unidos adquieren sentido e importancia. Por un lado, un hecho indiciario y, por el otro, una declaración testimonial. El hecho indiciario estaba dado por la presencia de las huellas dactilares del imputado en el picaporte del baño de las víctimas.

Por ese motivo se consideró que Gallardo estuvo en el interior de ese domicilio, sin que existiera prueba que permitiera inferir que esa circunstancia fue solamente casual, atento a que las víctimas afirmaron no conocer al imputado, así como tampoco haber tenido, durante ese tiempo, personas extrañas trabajando en su domicilio. En efecto, para el a quo la presencia de las huellas del imputado en el picaporte sólo tenían una explicación: que Gallardo estuvo en el interior del domicilio de las víctimas el día del hecho.

A su vez, la declaración testimonial que avalaba la autoría del imputado para el sentenciante era la de Adriana Deheza, madre de Claudia Roldan una de las víctimas. Es de resaltar que cuando la testigo ingresó a la sala de debate reconoció al imputado, manifestando que días antes del hecho lo vio tratando de bajar desde el techo hacia su casa (la testigo vive en el mismo lugar que las víctimas, pero en una edificación independiente). Por lo tanto, la única explicación que encontró el a quo por la que el imputado quería ingresar al domicilio era, para perpetrar el robo en ese momento o, para observar el lugar y así ejecutar el robo posteriormente, que fué lo que ocurrió en autos. Frente a la contundencia de estos elementos el a quo restó valor a las descripciones aportadas por las víctimas, las que no coincidieron con las características físicas del imputado, y a los resultados negativos de los reconocimientos en rueda de personas, por no resultar situaciones decisivas para descartar la hipótesis acusatoria en cuanto a la autoría del imputado.

Por otra parte, si bien es cierto que las descripciones aportadas por las víctimas no coincidieron con las características físicas del imputado, y que los reconocimientos en rueda de personas dieron resultado

negativo, el sentenciante, en razonamiento que comparto, argumentó que estas situaciones no eran decisivas para descartar la hipótesis acusatoria, en cuanto a la autoría del imputado. En el caso concreto, entiende que los elementos de prueba que señala la defensa no resultan determinantes para restar sustento a la acusación, atento a que la sentencia para acreditar la autoría del imputado se fundó en otros elementos de juicio suficientes y válidos, como fue el hecho indiciario y la declaración testimonial de Adriana Deheza, antes referido.

En segundo lugar, también debe ser rechazado el agravio referido a la nulidad del acta de procedimiento de Policía Científica de fs. 155 y vta.. En efecto, surge de los fundamentos que la defensa argumentó que el referido acta había sido firmado por la testigo de actuación, Adriana Deheza pero que, sin embargo, ella no habría estado presente en el momento en que personal de Policía Científica tomó los rastros. En efecto, el sentenciante rechazó el planteo de nulidad articulado por la defensa, argumentando en forma lógica que, por un lado, es deber de la Policía Científica resguardar la escena del hecho para evitar su contaminación, motivo por el cual la testigo no ingresó al domicilio mientras realizaba las tareas propias de la función, y por el otro lado, consideró que no había violación de una norma prescripta bajo pena de nulidad, ya que el acta se encontraba firmada por el testigo conforme el art. 147 del CPP. Asimismo, se debe destacar que en ninguna parte el articulado dispone que se requiere la presencia del testigo al momento de realizar las tareas correspondientes, sino que, por el contrario, establece que los oficiales o auxiliares de policía judicial o administrativa serán asistido por un testigo que, en lo posible, sea extraño a la repartición policial.

Al respecto, es esencial destacar que una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal, es la existencia de un perjuicio real y concreto. Por lo tanto, quien la invoca debe demostrar el perjuicio concreto que le infiere el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que hubiese tenido el fallo de no haber existido ese defecto. Ello es así, en tanto el régimen de las nulidades no está establecido para preservar el cumplimiento de las formas del proceso, sino que su finalidad es la protección de los derechos de las partes.

Conforme lo ha sostenido en forma reiterada esta Sala, «[n]uestro sistema procesal no admite la declaración de nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo en cuanto lesiona el interés de las partes. Dicha exigencia tiene por finalidad evitar el establecimiento de nulidades puramente formales, haciendo lugar sólo a aquéllas que tengan idoneidad para corregir errores capaces de perjudicar realmente aquél interés» (conf. «Lorente, Luis Alberto»).

Desde esta perspectiva debe señalarse que, el recurrente se limita a referir, como base de la nulidad instada, que el acta de Policía Científica era nula, de nulidad absoluta, porque el procedimiento se llevó a cabo sin la presencia del testigo, sin precisar ni explicar fundadamente cómo se habría producido la violación de normas de carácter constitucional.

En el caso, estimo que el acta de procedimiento cuestionada es válida, puesto que no vulneró ninguna garantía constitucional, y además contó con la firma de la testigo de actuación, Adriana Deheza. En segundo lugar, con respecto al agravio vinculado a la nulidad del informe de fs. 155 y vta., considero que no puede prosperar en razón de que la previsión del art. 147 del CPP, en relación a la presencia de un testigo de actuación para llevar a cabo el relevamiento y colección de indicios, no se aplica al caso concreto atento a que no se trata de un acta de procedimiento sino de un informe de Policía Científica, más allá de que en el caso analizado haya sido suscripto por un testigo, en tanto ello no perjudica interés alguno. Asimismo, se debe destacar que la recolección de rastros del lugar del hecho, por parte de personal de Policía Científica, se encuentra regulado por el art. 208 del CPP que establece lo siguiente: «[s]e

comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado; se los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles».

Como puede advertirse la disposición legal no requiere de la presencia de testigo de actuación. En síntesis, de la impugnación analizada se advierte, que el recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carentes de sustento probatorio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria. Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucio Gallardo Soto o Marcelo Ismael Gallardo Soto. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Lucio Gallardo Soto o Marcelo Ismael Gallardo Soto a fs. 442/451.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 25 de noviembre de 2019.-

39- RIVERO VALENZUELA. 28-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcRivero.pdf

Lex: Arts. 166 inc. 2, 1° párrafo, 40 y 41 del CPy art. 474 inc. 2 del CPP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Valoración de la prueba. Determinación de la pena. Individualización de la pena.

Summa:

El TPC N° 1-1° CJ condenó al señalado de **seis años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo del CP

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Oscar Damián Rivero Valenzuela.

Resolución cuestionada: Sentencia N°551, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-Procurador

- Roldan Valencia: 14-09-10: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>

Precedentes relacionados

- Aliaga: 19-12-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcAliaga.pdf
- Vergara: 12-3-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18>
- Martínez Fernández: 16-5-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=60>

Parágrafos destacados

Del voto preopinante “Al respecto, creo importante traer a colación que a partir de la calificación asignada al hecho deviene ostensible que la tarea del tribunal de instancia anterior se muestra ajustada al principio de legalidad, toda vez que la pena impuesta ha sido de seis años de prisión, monto que se encuentra dentro de la escala penal aplicable y cercano a su mínimo.”

“No obstante ello, es importante destacar que el recurrente no otorga mayores precisiones respecto de la manera en que el a quo ha incurrido en arbitrariedad en su razonamiento. Por el contrario, el tribunal de sentencia ha hecho expresas sus motivos, en la medida en que, consciente de la entidad del hecho acusado, entendió que el quantum elegido se muestra proporcional con la afectación al bien jurídico tutelado y el juicio de reproche que cabe hacerle al imputado –v. fs. 261–. En consecuencia, la pena se encuentra razonablemente fundada y el agravio debe ser desestimado.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(A.Y.)

Fallo.

CUIJ: 13-04787580-8/1((018601-42900)) FC/ RIVERO VALENZUELA OSCAR DAMIAN P/ ROBO AGRAVADO (42900) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104866732*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04787580-8/1 caratulada “F c/ RIVERO VALENZUELA, OSCAR DAMIÁN P/ ROBO AGRAVADO (42900) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa oficial de Oscar Damián Rivero Valenzuela, ejercida por María Laura García -15° Defensoría oficial-, formula recurso de casación contra la Sentencia N° 551 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su representado a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como autor del delito de robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2°, primer párrafo del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El hecho que tuvo por acreditado el juez del Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primer Circunscripción Judicial da cuenta que «[e]l día 27 de Mayo de 2018, siendo aproximadamente la hora 12.00, Oscar Damián Rivero Valenzuela, en la intersección de Gorriti y Avenida Las Tipas de Godoy Cruz, a bordo del taxi aditamento N° 1277, de la empresa Sexta Taxi, apuntó al conductor, Emmanuel Darío Perla Gutiérrez, con un cuchillo en el abdomen y le sustrajo un teléfono celular marca Samsung J5 de la empresa Movistar N° 2612190604, de color marrón; un perfume marca Home de Natura; luego descendió del vehículo y se dio a la fuga» -v. fs. 257 vta./258-.

Para así decidir, el juez meritó principalmente la denuncia efectuada por la víctima; la declaración testimonial prestada por la víctima en el debate; las capturas fotográficas de las cámaras del taxi; el resultado de la exhibición del álbum fotográfico en sede policial; el informe elaborado por la Dirección de Investigaciones de la Policía; el acta del allanamiento realizado en el domicilio del acusado; el acta de descripción del cuchillo secuestrado y el reconocimiento en rueda de personas efectuado por la víctima – v. fs. 1 y vta., 3/4, 5/7, 10, 18, 22 y 57, respectivamente–.

2.- Recurso de casación

La defensa formula recurso de casación contra la sentencia condenatoria N° 551 del Primer Tribunal Penal Colegiado, por considerar que la misma adolece de vicios in procedendo previstos por el art. 474 inc. 2 del CPP. En particular, de falta de fundamentación por valoración de prueba arbitraria y contraria a la sana crítica racional, y en relación al monto de pena impuesto, vicios previstos por el art. 416 inc. 4 del CPP. En relación a la valoración probatoria llevada a cabo, la defensa cuestiona en primer término el testimonio de la víctima, al que considera inconsistente pues por un lado expresó que la empresa de taxis poseía

cámaras de seguridad en las que había quedado todo el hecho grabado, pero ese elemento no fue aportado.

En su lugar, se incorporaron fotos del acusado tomadas en el taxi aportadas por la víctima, que no logran contradecir la versión aportada del acusado, quien reconoció que tomó el taxi, que luego no pudo pagar la tarifa en su totalidad y que por eso se generó un altercado con el conductor.

También impugna que no se haya citado al testigo hábil –señor Marcos Antonio Martínez– que presenció el allanamiento en el domicilio de Rivero Valenzuela, a efectos de acreditar la modalidad y resultado de la medida, crítica que no fue abordada por el juez a pesar de haberse planteado en el debate.

Sobre el testimonio de los efectivos policiales que intervinieron en el allanamiento, cuestiona que sólo dan cuenta de que secuestraron un cuchillo, pero no se determinó si éste había sido empleado en el suceso.

Asimismo, cuestiona la valoración del secuestro de dos cuchillos «uno tipo cocinero con cabo de madera color marrón con tres marcas circulares en el mismo, con una hoja de aproximadamente 30 cm., y un cuchillo cabo de madera color marrón con dos marcas circulares en el mismo y una hoja de 30 cm. dañada» -v. fs. 272 vta.-, pues dio negativa la búsqueda de los supuestos efectos sustraídos: una suma de dinero, un teléfono celular y un perfume.

También cuestiona que se hayan secuestrado cuchillos «tipo carnicero» y no «tipo cocinero» como lo que se había ordenado.

Por otra parte, cuestiona el informe del CEO de fs. 102/104 porque no tiene relación con el supuesto hecho y, aún cuando la tuviera, fue valorado como un indicio en contra del acusado, a pesar de que fue impugnado por la defensa en su alegato.

Cuestiona que el juez no se haya pronunciado al respecto. A criterio de la defensa, el a quo omitió deliberadamente considerar el estado de vulnerabilidad del acusado y valorar adecuadamente su declaración. Afirma que su versión perfectamente puede ser real y se vincula a una acalorada discusión, insultos y amenazas originadas por la supuesta víctima, cuando vio frustrada su posibilidad de cobrar el servicio porque al acusado no le alcanzaba el dinero.

Eso explica que nunca haya aparecido la grabación del taxi y que, aún teniendo la posibilidad de denunciar el hecho de inmediato llamando a emergencias, contrariamente a lo que indica la sana crítica éste no lo haya hecho, prefiriendo engañosamente esperar hasta el día siguiente y allí desarrollar la infame conducta que luego no podría probar.

A su vez, la acusación omitió producir prueba tendiente a corroborar estos extremos de la versión de la víctima, en especial solicitando a la empresa de taxis los registros fílmicos del taxi. La defensa cuestiona la valoración de la prueba y su pertinencia a los efectos de la fundamentación de la sentencia. A criterio de la defensa la decisión del a quo no se encuentra debidamente fundada porque no dio cuenta de las críticas sobre valoración probatoria señaladas antes, y además porque se basa en un solo medio de prueba –la declaración de la víctima– apoyado por indicios que no cumplen los requisitos mínimos para fundar una condena y que ni siquiera tienen correlato con la versión de la víctima. Explica que la prueba indiciaria puede desvirtuar la presunción de inocencia cuando se construye a partir de hechos plenamente probados y permite deducir los hechos delictivos a través de un proceso razonado y acorde a las reglas del criterio humano. Por el contrario, en el caso que nos ocupa solamente existe un solitario, único y variable testimonio de la víctima, que obliga a recurrir a otros medios de prueba de refuerzo y que no han sido obtenidos. La decisión se explica, a criterio de la defensa, solamente a partir de consideraciones de derecho penal de autor.

En tercer lugar, impugna la fundamentación de la determinación de la pena impuesta. Entiende que la misma no es proporcional con el grado de culpabilidad del supuesto autor, y que se basó en una construcción introductoria genérica, de base dogmática, que sólo pretende aparecer como una justificación aparente de las razones para determinar la pena. Incluso considera que puede haber sido extraída de otro caso, porque hace alusión a que se trató de un hecho violento, grave, que afectó una diversidad y cantidad de bienes jurídicos en juego, así como a la extensión del daño y la falta de reparación del mismo. Por estos motivos, sostiene la defensa que el fallo adolece de defectos de logicidad y sentido común que lo descalifican como acto judicial válido, que vulnera el debido proceso y la defensa en juicio. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto de la Procuración General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso de casación se le confiere, el señor Fiscal Adjunto considera que el recurso resulta formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo. En este orden, afirma que el a quo valoró debidamente el plexo probatorio, tomando en consideración la declaración de la víctima –quien mantuvo coherencia en sus dichos, que han permanecido incólumes a lo largo del proceso- y los restantes elementos de convicción incorporados, que resultan ser claros, precisos y concordantes.

Respecto de la declaración de la víctima, afirma que fue contrastada con el resto del material probatorio que incrimina al imputado, tal como el reconocimiento fotográfico y en rueda de personas, el acompañamiento de las imágenes desde el interior del taxi, el secuestro de dos armas blancas de características similares a la utilizada en el hecho y descripta por la víctima, y la declaración del personal actuante en los allanamientos.

La declaración del imputado también fue valorada, y se consideró que no resultaba creíble, sino que constituía un intento de desvincularse del hecho. Además, no es certera la crítica defensiva sobre la falta de aviso a emergencias, pues el chofer del taxi activó el botón de pánico y dio aviso por radio a la central de taxis. Pretender que la víctima tiene un rencor personal con el acusado por el simple hecho de que no se le abonó todo el pasaje, aparece como una estrategia defensiva que no se condice con los elementos de prueba.

Respecto de la falta de llamado al 911 y la incorporación de registros del CEO que no corresponden a este caso, afirma el Fiscal Adjunto que no conmueven el cuadro probatorio, toda vez que la víctima hizo referencia al aviso por radio y al botón anti-pánico, sin mención alguna a intervención policial. A su vez, la demora en denunciar –que sólo fue de unas horas desde que tuvo lugar el hecho– se explica porque la víctima aguardó a que desde la empresa de taxis se le entregaran fotos de las cámaras existentes. La víctima siempre ha sido coherente y no se encuentra acreditado que se haya tratado de una riña por dinero. Respecto del monto de pena aplicado, afirma que se encuentra ajustado a derecho y dentro de la escala penal que prevé el delito por el que se lo acusa.

Invoca el **fallo «Roldán Valencia»** de esta Suprema Corte de Justicia, donde se sostuvo que mientras el tipo y escala de la pena hayan sido respetados, la determinación del monto es inconmensurable. Ello, pues por vía del recurso de casación no se puede discutir su mayor o menor rigor la valoración de las circunstancias contenidas en los arts. 40 y 41 del CP, que responden a cuestiones de hecho que sólo pueden ser evaluadas por el juez que interviene en el debate.

En particular, señala que el juez tomó en cuenta que se trataba de un hecho grave, en el que se pusieron en riesgo varios bienes jurídicos, así como la extensión del daño y la falta de reparación. También refiere que se meritó la carencia de antecedentes.

Por tales motivos, entiende que la decisión se encuentra debidamente fundada, pues aparece como el resultado de una valoración conjunta de la prueba y los indicios.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, por diversas razones estimo que corresponde rechazar formalmente el recurso de casación deducido por la defensa técnica de Oscar Damián Rivero Valenzuela, conforme se explicará a continuación. Comenzaré por el tratamiento de los vicios asociados a la valoración de prueba llevada a cabo por el juez a quo.

En este orden, la defensa cuestiona (i) el relato de la víctima, por contradictorio; (ii) la falta de citación del testigo del allanamiento, Marcos Antonio Martínez; (iii) el valor asignado al secuestro que resultó del allanamiento; (iv) el informe del CEO incorporado a la causa; (v) la valoración de la versión del acusado. Anticipo que el análisis pormenorizado de las críticas efectuadas por la defensa, contrastado con las constancias de la causa y los fundamentos de la sentencia impugnada, me conducen a descartar cada uno de los agravios expresados.

El cuestionamiento sobre la veracidad del relato de la víctima pretende derivar una contradicción a partir del hecho de que en un primer momento declaró que el taxi tenía cámaras de seguridad incorporadas, donde había quedado el hecho grabado, pero que esas grabaciones no fueron aportadas. En su lugar, se introdujeron al proceso fotos de Rivero Valenzuela, que no tienen fuerza probatoria suficiente para contradecir su versión de descargo. Ahora bien, al respecto debo hacer dos consideraciones. En primer lugar, debe referirse que la defensa contó con la oportunidad procesal pertinente para ofrecer como prueba las videograbaciones en cuestión, más no lo hizo. La revisión de las constancias audiovisuales de la audiencia preliminar llevada a cabo el día 10/12/2018 dan cuenta de ello, pues puede observarse que le fue concedida la palabra al defensor Martín Lucero – codefensor de la Quinta Defensoría oficial– y éste manifestó no tener ningún elemento que aportar –v. constancias audiovisuales, min. 05:40 y ss–. Por ello no es admisible el cuestionamiento acerca de la falta de incorporación por parte del representante fiscal de las grabaciones en cuestión, ni de su falta de producción.

En segundo lugar, corresponde señalar que la proposición que pretende instalar el defensor –esto es, que como no fueron aportadas las grabaciones y en su lugar se incorporaron fotos, la víctima no es creíble– carece de necesidad.

Quiero decir que de lo uno no se sigue necesaria ni causalmente lo otro: la falta de aportación de la grabación puede deberse a distintas razones, que no fueron indagadas por la defensa, y no permite por sí sola poner en cuestión los dichos de la víctima. Por el contrario, el argumento debe –en todo caso– ser sopesado al valorar la prueba en cuestión.

Resulta adecuado aquí resaltar que el juzgador brindó credibilidad al relato de la víctima Emmanuel Darío Perla Gutiérrez a partir de motivos que fueron claramente explicados en los fundamentos de su sentencia. Así, señaló que la versión que efectuó al formular la denuncia fue mantenida de manera coherente al declarar en la audiencia de debate, permaneciendo su versión incólume a través del tiempo. El a quo sostuvo que de la declaración prestada en el juicio oral no surgían elementos que hicieran dudar de su veracidad y que la trascendencia que el episodio delictivo tuvo en su vida reforzaba su posición, pues relató que poco después sufrió un episodio similar que lo condujo a decidir dejar de trabajar en esa actividad.

La falta de indicadores de fabulación o mitomanía que pudieran generar sospechas sobre su relato, sumadas a la contundencia y coherencia con que fue expresado, permitieron al juez de instancia anterior

descartar que la víctima estuviera faltando a la verdad. En este panorama, la única afirmación de la defensa tendiente a desacreditar sus dichos consiste en la pretendida contradicción que fue descartada antes, y que carece de valor argumentativo suficiente para imponerse sobre la valoración realizada por el a quo. Por estos motivos, debo descartar la procedencia de la crítica analizada.

Dicho esto, corresponde ingresar a la segunda objeción enumerada, esto es, la falta de citación del testigo del allanamiento, señor Marcos Antonio Martínez. Al respecto, debo señalar que –al igual que ocurre respecto de las grabaciones antes aludidas– la defensa no propuso como prueba la declaración testimonial en cuestión.

De forma tal que la crítica basada en una omisión que le es atribuible no resulta bastante para poner en duda el procedimiento al respecto.

El allanamiento fue acreditado por la acusación mediante la citación de los funcionarios policiales que intervinieron en la medida, el oficial inspector Walter Fernando Godoy Quiroga y el oficial Lucas Exequiel Quinteros. Por otra parte, tampoco se advierte el objeto de la crítica relativa a la omisión de citación del testigo, pues la defensa en su recurso no cuestiona la veracidad de los resultados del allanamiento, sino el peso probatorio del secuestro obtenido al llevar a cabo esa medida.

De forma tal que, también esta segunda crítica, debe ser rechazada en esta instancia. Respecto de los cuchillos secuestrados, debo descartar sin mayor argumentación la crítica relativa a que éstos son «cuchillos de carnicero» y no «cuchillos de cocinero» como los que debían buscarse en el allanamiento. La en todo caso sutil diferencia entre las dos clases de cuchillo, si existe, no ha sido explicada por la defensa. Por otra parte, no resulta suficiente para contradecir la posibilidad de que uno de los cuchillos en cuestión haya sido empleado en el suceso delictivo investigado.

Tampoco la crítica relativa a la falta de secuestro de los elementos sustraídos a la víctima resulta suficiente para cuestionar el iter argumentativo seguido por el a quo para construir el cuadro convictivo culpabilizante. En todo caso, los resultados del allanamiento realizado han sido meritados como un indicio que, aunado a la declaración de Perla Gutiérrez, resulta capaz de asignar sentido jurídico a sus dichos. En relación a las críticas sobre la incorporación de un informe del CEO que no se corresponden con esta causa, debo señalar que no se advierte que el juez lo haya valorado como elemento probatorio. No está incluido en los considerandos 3 a 5 de su sentencia, donde enumeró la prueba a evaluar, ni en el resto de los fundamentos advierto que haya sido ponderado. De forma tal que la objeción defensiva carece de efecto procesal alguno, sin que los argumentos expresados logren demostrar el interés de la parte. Por último, respecto de este grupo de argumentos, la defensa sostiene que el juez de instancia previa no consideró la versión de descargo del acusado ni su estado de vulnerabilidad. Tampoco esta crítica resulta procedente.

Respecto de lo primero, debo señalar que no se condice con las constancias de la causa, de las que surge que el a quo valoró la declaración en cuestión, y le asignó un valor probatorio determinado que la defensa ni cuestiona ni toma en consideración en su crítica, por lo que no se encuentra rebatido –ver considerandos 23 y 24 de los fundamentos en cuestión–.

En relación con lo segundo, no advierto que el defensor haya construido ni acreditado el estado de vulnerabilidad que invoca. Dicho esto, corresponde entonces abordar los vicios de fundamentación planteados por la defensa. Se trata de dos críticas: (i) en relación a la valoración general de la prueba que condujo al juez a superar el estado de inocencia de Rivero Valenzuela, es decir, a considerarlo culpable del delito que se le acusaba; y (ii) sobre la fundamentación del quantum de pena. Los agravios relativos a la valoración de la prueba como causal de falta de fundamentación de fallo cuestionado, han sido

descartados previamente y conducen a la desestimación de la posible nulidad de la sentencia por la causal establecida en el art. 416 inc. 4° del CPP. A

hora bien, respecto de la motivación del monto de pena aplicado, entiendo que también debe desestimarse el cuestionamiento defensivo puesto que la pena impuesta por el tribunal de sentencia no resulta reprochable de acuerdo a lo sugerido por el representante del acusado. Al respecto, creo importante traer a colación que a partir de la calificación asignada al hecho deviene ostensible que la tarea del tribunal de instancia anterior se muestra ajustada al principio de legalidad, toda vez que la pena impuesta ha sido de seis años de prisión, monto que se encuentra dentro de la escala penal aplicable y cercano a su mínimo.

No obstante ello, es importante destacar que el recurrente no otorga mayores precisiones respecto de la manera en que el a quo ha incurrido en arbitrariedad en su razonamiento. Por el contrario, el tribunal de sentencia ha hecho expresas sus motivos, en la medida en que, consciente de la entidad del hecho acusado, entendió que el quantum elegido se muestra proporcional con la afectación al bien jurídico tutelado y el juicio de reproche que cabe hacerle al imputado –v. fs. 261–. En consecuencia, la pena se encuentra razonablemente fundada y el agravio debe ser desestimado. Por las razones expuestas, considero que el recurso de casación formulado por la defensa de Oscar Damián Rivero Valenzuela debe ser desestimado en esta instancia, debiendo confirmarse la Sentencia N° 551 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Adaro y Palermo. Adhesión

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación formulado por la defensa de Oscar Damián Rivero Valenzuela.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 3.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos Regístrese. Notifíquese.

40- BRAVO. 28-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474 -2° 267

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191128_FcBravo.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del CP. Art. 267 del CPP.

Vox: Robo agravado. Poblado y Banda. Arma de Fuego cuya Aptitud para el Disparo No Puede Tenerse por Acreditada. Nulidad del reconocimiento en rueda de personas. Reconocimiento de objetos. Fundamentación. Valoración de la prueba.

Summa:

El TPC de la 3° CJ mediante Sentencia N° 694 condenó a Ariel Alexis Bravo Ambrosio a la pena de **cuatro años de prisión** por considerarlo autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego de aptitud para el disparo no comprobada, en concurso ideal con robo agravado por su comisión en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2°, 3° párr., 54 y 167 inc. 2° del CP), en estos autos N° P-6.702/18.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 y art. 416 inc. 4° del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en el fondo el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la sentencia y remitir las actuaciones al TPC correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 694, pronunciada por el TPC-3° CJ.

Precedentes relacionados

a-SCJM

- González Zacca: 25-11-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191125_FcGonzalez.pdf
- Torres: 27-12-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191227_FcTFM.pd
- Tur Pizarro: 17-05-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190517_FcTur.pdf

Parágrafos destacados

“En efecto, en tanto no era posible identificar personas sino el dibujo que llevaba el agresor en su brazo, el acto se asemeja al reconocimiento de cosas previsto por el art. 267 del CPP, por lo que debió exponerse a Sharbel Marón un grupo personas con tatuajes similares a los que él describió, a efectos de que reconociera el que tenía el agresor. En lugar de eso, se expusieron tatuajes con formas que no se asemejaban a un cangrejo o escorpión, por lo que el valor convictivo del acto se ve disminuido. Dicho con otras palabras, más allá de la validez del procedimiento como acto jurídico, los defectos en la forma en que se llevó a cabo debieron ser tenidos en consideración por el a quo al efectuar su valoración probatoria, quien debió explicar el motivo por el cual esta falta de semejanza no conmovió la identificación realizada por la víctima.” (Dr. Palermo).

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

(A.Y.)

Fallo.

CUIJ: 13-04767922-7/1((038601-6702)) FC/ BRAVO ARIEL FELIX P/ ROBO AGRAVADO (6702) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104846234*

En Mendoza, a los veintiocho días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04767922-7/1 caratulada "F. c/ BRAVO, ARIEL FÉLIX P/ ROBO AGRAVADO (6702) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La Tercera Defensoría Oficial de la Tercera Circunscripción Judicial, en representación de Ariel Félix Bravo Ambrosio, formula recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 694 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial (fs. 132 y vta.; 135/140), por cuanto condenó al nombrado a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por su comisión en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2° del Código Penal), delito que se le atribuyó en los presentes autos N° P-6.702/18. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La Sentencia N° 694 pronunciada por el Tribunal Penal Colegiado de la Tercera Circunscripción Judicial condenó a Ariel Félix Bravo Ambrosio a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego de aptitud para el disparo no comprobada, en concurso ideal con robo agravado por su comisión en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2°, 3° párr., 54 y 167 inc. 2° del CP), en estos autos N° P-6.702/18.

El hecho que consideró acreditado, es aquél según el cual «el día 22 de Enero de 2018, siendo aproximadamente las 21:45 hs., las víctimas Sharbel Marón, Margarita Nelly González y Juan Alberto Marón, se encontraban en su domicilio sito en Calle Benegas S/N°, Distrito de Algarrobo Grande, Departamento de Junín, cuando irrumpieron en el lugar ARIEL FÉLIX BRAVO AMBROSIO junto a tres sujetos N.N. no habidos ni identificados hasta el momento, quienes portando cuatro armas de fuego, redujeron a las víctimas, y les sustrajeron una camioneta Toyota Hilux color bordó dominio AB859XO; la suma de pesos ciento sesenta mil (\$160.000) en efectivo; y quince mil dólares (US\$ 15.000); un prendedor rectangular de oro macizo con la inscripción Yamile, una pulsera turbillón de oro de 1 cm de ancho aproximadamente, una pulsera pina chata, un brazalete de tres cm de ancho, una pulsera de oro con un eslabón de la letra S y otra con la Y, un anilló tipo alianza ancho con arabesques tipo inca, un anillo de oro de 13 gramos, una cadena de oro fina con un dije de la virgen niña y un medallón grande de oro con la virgen de Luján de 48 quilates, un anillo de oro con rubíes, un anillo de oro con una piedra blanca, un rosario de plata, varios anillos de oro, una cámara de fotos digital marca Sony, un celular Samsung Grand Prime de color blanco, un teléfono celular marca Huawei de color dorado con funda de color negro; un teléfono celular Iphone 6S de color gris plata; doce cuchillos Soringen; un televisor LCD marca Hitachi de

32 pulgadas de color negro; un televisor LED de 40 pulgadas de color negro; un juego de llaves de una camioneta S10 y de un Volkswagen Vento; una billetera de cuero marrón conteniendo un DNI, carnet de conducir, una tarjeta de débito del Banco Patagonia y una de crédito del mismo banco, una tarjeta de crédito del Banco Credicoop y dos tarjetas de crédito del Banco BBVA Francés, todo a nombre de Sharbel Marón; treinta (30) cheques de terceros de distintos importes; una notebook marca Hewlett Packard de color gris plata; un buzo de color marrón con capucha y bolsillo canguro de Sudáfrica; un revólver Colt color marrón calibre .38 Special de color cromo con cache blanca de marfil; un revólver calibre .32 Smith and Wesson de color negro, dos pistolas de tiro al blanco Tala calibre .22, una pistola Luger 9mm parabellum de la Segunda Guerra Mundial, una escopeta calibre 1276 Browning ultra XS con gatillos de oro, una escopeta 12.7 Renato y Fratelli Gamba platina larga batería extraíble, dos escopetas 12.7 Lambert, un fusil 7.65 Berne CZ con una telescópica Shilva, un rifle Kriko calibre .22 con una mira telescópica, un rifle calibre .22 semiautomático FM, una escopeta Tauro calibre 32.0; una escopeta calibre 14. de marca española; tres escopetas de aire comprimido, diez relojes de marcas Cassio, Citizen, Giava, Sekonda; dos motosierras de color anaranjado marca HUSQVARNA y otra marca STIHL» (fs. 137 y vta.). Para tener por acreditado el hecho, el a quo valoró principalmente los testimonios de Sharbel Alberto Marón, Margarita Nelly González, Juan Alberto Marón, Sergio Elías Cirica y Alberto José Funes, así como el reconocimiento llevado a cabo a fs. 205/210 y las actas de procedimiento de fs. 11/12, 16/17, 19, 30/31, 116/117 y 139/140.

2.- Recurso de casación

La defensa considera que la resolución impugnada adolece de vicios in procedendo, previstos por el art. 474 inc. 2° del CPP como motivo para formular recurso de casación. En particular, considera que se han vulnerado las reglas de la lógica en la motivación, lo que torna infundada y nula – a tenor de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del CPP– la decisión.

Su impugnación se basa en la afirmación de que la prueba en función de la cual se condenó a su defendido es poco fiable y tiene escaso valor convictivo. Por una parte, cuestiona la valoración del reconocimiento del tatuaje del acusado.

Objeta que no fue expuesto con otros tatuajes semejantes, y que además el tatuaje que se mostró a la víctima no podía ser el mismo que vio en el momento del hecho, pues el del acusado había sido retocado mientras éste se encontraba detenido en prisión.

Explica, sobre el particular, que cuando Bravo fue trasladado al complejo penal San Felipe, mucha gente se reunía en el pabellón 5 y que había un joven tatuando, oportunidad que el acusado aprovechó para mejorar su tatuaje, algo que quería hacer desde hace tiempo, pero que no podía llevar a cabo por falta de dinero. La defensa considera que tampoco el reconocimiento se llevó a cabo en la forma correcta, pues las personas que integraron la rueda de personas eran tres hombres con una diferencia etaria de más de una década en relación con Bravo, y con tatuajes en sus brazos que nada tenían que ver con un alacrán o cangrejo, pues representaban un rostro, una cruz con una corona y un dibujo que no podía distinguirse con claridad.

El procedimiento, llevado a cabo en estas condiciones, incumpliría el requisito de que la selección que realiza quien reconoce sea entre varias personas con «condiciones exteriores semejantes». A entender de la defensa, la víctima sólo pudo reconocer el tatuaje, entre los que se le exponían, porque estaba sugestionada. Afirma que Sharbel Marón no realizó una descripción previa de los rasgos específicos de la persona que iba a reconocer porque no los vio, en tanto los atacantes tenían sus caras cubiertas con pasamontañas. Por ello no podía realizar un reconocimiento en rueda de personas.

Solamente se describió un tatuaje que el agresor tenía en su antebrazo con forma de cangrejo o animal similar y de tipo «tumbero», pero en la diligencia que se realizó no se colocó ningún tatuaje similar para distinguir.

En otras palabras, a criterio de la defensa no se respetó la normativa consagrada en el art. 267 del CPP según la cual para el reconocimiento de cosas rigen las mismas reglas que para el reconocimiento de personas. Sostiene que el cumplimiento de estas reglas en el caso particular era de singular importancia, dada la gran cantidad de personas que acuden a las figuras del escorpión, el cangrejo y a anclas para tatuarse. El reconocimiento de Bravo parece irregular a criterio de la defensa, además, porque las víctimas describieron al agresor como una persona de 1.90 mts. de altura y 90 kgs. de peso, en el caso de Margarita González; y 1,80 mts., robusto pero no gordo, morrudo y de 90 kgs. en el caso de Juan Marón; y de 1,80 mts. y 110 kgs., en el caso de Sharbel Marón; mientras que la descripción morfológica que consta a fs. 84 de Bravo da cuenta de 1,77 mts. de altura y 76 kgs. de peso.

En definitiva, el reconocimiento carece de autenticidad y ello implica una disminución de su fuerza probatoria, a lo que se adiciona que Bravo aportó una versión exculpatoria según la cual no participó del hecho y declaró haber estado en un almacén del Asentamiento Costa Canal el día del hecho a esa hora. Entre los agravios vinculados al tatuaje, la defensa también afirma que –contrariamente a lo expresado por el a quo– Bravo no se remarcó el tatuaje en prisión con fines gananciales dentro del proceso, pues no conocía la prueba obrante en la investigación. Para afirmar eso, sostiene que a Bravo solamente le leyeron «una hoja» en la oficina fiscal en oportunidad de practicar la imputación formal, en un acto que duró nueve minutos, sin que fuera posible que le leyeran toda la prueba que había colectada, ni el curso de la investigación.

En definitiva, Bravo no tuvo acceso a las pruebas que había en su contra, y se remarcó el tatuaje por circunstancias que no tenían que ver con la causa, mas no para confundir al investigador. Además, afirma la defensa, con este criterio también habría que sostener que adelgazó 23 kilos –es decir, la diferencia entre su peso real y el estimado por las víctimas– y que se agachó en la rueda de personas para no parecer un hombre de 1.90 mts. Cuestiona que el a quo no haya explicado las diferencias físicas entre la descripción de las víctimas y la constitución física de Bravo. Por otra parte, afirma que no existen pruebas que vinculen a su defendido con el hecho: por una parte, el allanamiento que se realizó en su vivienda arrojó resultado negativo; por otra, la bolsa de nylon verde que se recogió a 30 metros de su casa con armas, una pinza amarilla, cinta aisladora, un cutter, cartuchos, un cuello polar, guantes y ropas varias no resiste explicación alguna que la relacione con Bravo; y, por último, el cotejo del ADN de Bravo con el que se recogió en la camioneta Toyota Hilux secuestrada dio –también– resultado negativo. En relación al contenido de la bolsa encontrada, afirma que los objetos en cuestión no fueron utilizados en la comisión del hecho. Las víctimas no hicieron alusión al uso de los elementos que en ese secuestro se mencionan. Por otra parte, el bolso fue encontrado en un descampado, cercano al domicilio de Bravo, en el que hay una huella por la que se puede ingresar en auto y que constituye lugar de pasada de la gente, según explicaron los policías Luis Olivares y Juan Ramón Molina. En tercer lugar, cuestiona la valoración del juez sobre los testimonios de descargo de Cirica y Funes que ubican a Bravo en un almacén el día en que ocurrió el hecho. El juez los encuentra dubitativos, pero nada dijo de las manifestaciones de Romina Funes, María Lourdes Fernández y Yanina Donaire que ubican a Bravo en el mismo lugar.

Explica la defensa que el descarte de los testimonios de Cirica y Funes como prueba de descargo no constituye una prueba de cargo que acredite la intervención de Bravo en el hecho, sino que corresponde al Estado probar que el acusado no se encontraba donde dice, lo que en el caso no ocurre. Por último,

señala que cuando se aprehendió a Bravo éste se encontraba camino a su trabajo, como todas las mañanas, por lo que debía descartárselo merodeando por el banco del cual las víctimas habían extraído dinero.

Agrega que, según los investigadores, habían acontecido otros hechos de similares características en la zona, sin que en ninguno se encontrara vinculado Bravo.

En definitiva, considera que la sentencia no constituye una derivación razonada de la prueba aportada a la causa. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de dictaminar sobre el recurso de casación formulado, el señor Procurador General considera que la impugnación es procedente desde el punto de vista formal, aunque debe ser rechazada en el fondo. Sostiene que la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada, ya que se analizaron razonadamente las pruebas e indicios colectados.

Afirma que la modificación del tatuaje en prisión responde a que una de las víctimas pudo observar el tatuaje de un escorpión o animal similar mientras se desarrollaba el hecho, lo que fue advertido por el agresor, quien le dijo que no lo mirara más y se lo tapó. Es decir, el agresor sabía que podían identificarlo a partir de su tatuaje.

Afirma el Procurador General que las consideraciones de la defensa al respecto son un mero intento defensivo. Por otro lado, sostiene que la misma víctima en el reconocimiento en rueda de personas expresó de manera clara y categórica que el imputado era uno de los autores del hecho, específicamente el que daba las órdenes a los demás intervinientes.

Respecto de la nulidad del reconocimiento invocada por la defensora, afirma que debió ser planteada en el mismo acto o inmediatamente después si entendía que se violaban los derechos de su defendido. Sin perjuicio de ello, la víctima fue clara al manifestar que pudo reconocer el tatuaje, a pesar de que había sufrido cambios. En relación con el cotejo de ADN del imputado con el hallado en el interior de la camioneta de la víctima –en la que huyeron los protagonistas del hecho–, refiere que el resultado negativo debe ser interpretado a la luz del rastro parcial de calzado obtenido del vehículo, y dos «posibles» muestras, y que los autores del hecho eran cuatro personas, por lo que el resultado no es determinante en sentido desincriminante respecto del recurrente.

Del mismo modo, el Procurador General merita las actas de procedimiento policial que explican la individualización del imputado a pesar de que éste aportó testigos que afirmaron haberlo visto en un lugar diferente. En definitiva, afirma que la valoración probatoria efectuada no es antojadiza ni arbitraria, por lo que los agravios manifestados aparecen más como una disconformidad con el mérito del a quo en virtud de la posición defensiva, que intenta aislar, separar y anular los elementos de cargo para establecer dudas respecto de la autoría del imputado.

Por las razones expuestas, considera que el recurso debe ser rechazado en tanto no se verifican los vicios invocados por el peticionante.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento adelanto que –en base a los motivos que en lo sucesivo se exponen– corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Ariel Félix Bravo.

a.- Los agravios manifestados por la defensa pueden reconstruirse para su tratamiento del modo que

sigue. Por una parte, se cuestiona la forma en la que se llevó a cabo el reconocimiento de Bravo, respecto de lo cual critica: la ausencia de similitud en las condiciones exteriores entre las personas que se presentaron en la rueda; la ausencia de similitud gráfica de los tatuajes sometidos a reconocimiento y el hecho de que ninguno representara un cangrejo o un escorpión; y, la falta de descripción morfológica del acusado por parte de Sharbel Marón. A partir de estas consideraciones, sostiene que el valor convictivo del reconocimiento se ve reducido.

Por otro lado, cuestiona la valoración de la restante prueba. En relación con el tatuaje de Bravo, afirma que la modificación que introdujo mientras estaba aprehendido se explica a partir de eventos circunstanciales, mas no se vincula a un intento de evitar su reconocimiento. Explica que Bravo no conocía la prueba obrante en su contra y que no podía saber que lo vincularían a la causa a partir de su tatuaje. Respecto del allanamiento llevado a cabo en su casa, el mismo arrojó resultado negativo pues no se encontró ningún elemento vinculado al hecho investigado.

Tampoco el secuestro de una mochila con herramientas y ropa puede ser relacionada con el robo, ni el cotejo de ADN entre Bravo y el material genético obtenido de la camioneta robada lo comprometen a la causa. Además, explica que existen testimonios que acreditan la versión desincriminante de Bravo –según la cual, se encontraba bebiendo con sus amigos en el momento en que ocurrió el hecho–, tres de los cuales –los de Funes, Fernández y Donaire– no fueron valorados por el a quo. En su caso, el rechazo de la versión de los testigos Cirica y Funes no demuestra nada en relación al hecho en sí mismo. Por último, tampoco las circunstancias en que se aprehendió a Bravo lo relacionan con el hecho.

b.- El análisis de la sentencia impugnada me convence de que la sentencia condenatoria pronunciada en autos adolece de déficits en su fundamentación de la decisión de condenar a Ariel Félix Bravo por el hecho ocurrido el día 22 de enero de 2018 en el domicilio de las víctimas. Según la motivación de la sentencia, la única prueba que vincula a Bravo con el hecho es su tatuaje con forma de escorpión en el antebrazo derecho. Al respecto, debe señalarse que el reconocimiento llevado a cabo en autos presenta –efectivamente– ciertas irregularidades formales que han sido puestas de resalto por la defensa. Entiendo que no resulta decisiva para el caso la alegada falta de correspondencia morfológica entre las personas que integraron la rueda de personas, la diferencia de edad entre ellas ni aún la falta de descripción morfológica por parte del reconociente. Dado que los agresores habían cubierto casi totalmente su cuerpo de manera tal que no era posible reconocerlos por sus rasgos personales, estas circunstancias invocadas por la defensa no son determinantes. Sin embargo, sí lo es la forma en la que se expusieron los tatuajes a la víctima reconociente Sharbel Marón. En efecto, en tanto no era posible identificar personas sino el dibujo que llevaba el agresor en su brazo, el acto se asemeja al reconocimiento de cosas previsto por el art. 267 del CPP, por lo que debió exponerse a Sharbel Marón un grupo personas con tatuajes similares a los que él describió, a efectos de que reconociera el que tenía el agresor. En lugar de eso, se expusieron tatuajes con formas que no se asemejaban a un cangrejo o escorpión, por lo que el valor convictivo del acto se ve disminuido. Dicho con otras palabras, más allá de la validez del procedimiento como acto jurídico, los defectos en la forma en que se llevó a cabo debieron ser tenidos en consideración por el a quo al efectuar su valoración probatoria, quien debió explicar el motivo por el cual esta falta de semejanza no conmovía la identificación realizada por la víctima. Sin perjuicio de lo señalado en relación al reconocimiento en rueda de personas, la sentencia tampoco explica de qué manera fue individualizado Bravo a partir de su tatuaje. Solamente ha hecho alusión a diferentes actas de procedimiento policial, sin explicación del modo en que el acusado fue asociado al robo ocurrido el día 22/01/18 y que se investiga en esta causa. Ninguna de las restantes pruebas meritadas por el a quo vincula a Bravo con el hecho

concreto acusado. Por una parte, el a quo ha descartado la credibilidad de la versión desincriminante de los testigos Sergio Elías Cirica y Alberto José Funes a partir de ciertas características internas de sus declaraciones. Sin embargo, no ha contrastado la versión de Bravo con los testimonios de Romina Funes, María Lourdes Fernández y Yanina Donaire, que no han sido considerados. Por otra parte, se ha ponderado como prueba de la autoría de Bravo el hecho de que modificara su tatuaje mientras se encontraba en prisión. Este razonamiento es complejo, pues la fotografía obrante en la causa a fs. 208 vta. permite advertir que el tatuaje –ya «modificado»– representa con claridad un escorpión y se diferencia indubitablemente del resto de los objetos representados en los otros tatuajes.

Dicho con otras palabras, tampoco se ha explicado de qué manera una modificación en el dibujo habría afectado la posibilidad de la víctima de reconocerlo, lo que impide aseverar con certeza que el motivo de la intervención haya sido confundir a los investigadores. Las críticas defensivas al acto de reconocimiento en rueda de personas resultan decisivas, pues el déficit de calidad del acto debió determinar tanto el si o no de su validez como prueba, como el peso probatorio de las conclusiones a las que permite arribar. Ello me lleva a concluir que no se brindó adecuadamente motivos para sostener el valor convictivo del reconocimiento llevado a cabo.

Este apartamiento por parte del a quo de las reglas de la sana crítica racional, llevan a la anulación de la resolución cuestionada. En definitiva, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la defensa oficial en representación de Ariel Félix Bravo, y anular la Sentencia N° 694 y sus fundamentos. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Adaro y Valerio. Adhesión

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso formulado en autos, y anular la sentencia de fs. 132 y vta. y sus fundamentos de fs. 135/140, y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Ariel Félix Bravo Ambrosio.
- 2.- Anular la sentencia de fs. 132 y vta. y sus fundamentos de fs. 135/140, y remitir las actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a fin de que la OGAP determine el juez que habrá de intervenir en la realización del nuevo debate.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

41- ESTEBAN DEMETRIO. 10-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	-	PCC	-	-	CO	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191210_FcEsteban.pdf

Lex: Art. 164 del CP

Vox: Robo simple. Coautores. Cambio de calificación legal. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC** condenó a Demetrio Gustavo Esteban y a María de los Ángeles Fostichi, a la pena de **dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional**, por considerarlos coautores del delito de robo simple (art. 164 del CP).

La **defensa** del imputado interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 797, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04859962-6/1((018601-30732)) FC/ ESTEBAN DEMETRIO GUSTAVO Y FOSTICHI O COSTICHI MARIA DE LOS ANGELES P/ ROBO AGRAVADO (30732) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104942931*

En Mendoza, a los diez días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04859962-6/1 "FC/ ESTEBAN DEMETRIO GUSTAVO, FOSTICHI MARÍA DE LOS ÁNGELES P/ROBO SIMPLE P/RECURSO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO; segundo, el DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de los acusados interpone recurso de casación (fs. 382/390 vta.) contra la Sentencia N° 797 y sus fundamentos (incorporados a fs. 374 y vta. y en soporte audiovisual, respectivamente), dictados por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, en tanto condenó a Demetrio Gustavo Esteban o Gustavo Esteban Demetrio o Demetrio Gustavo Esteban o Esteban Demetrio Gustavo y a María de los Ángeles Fostichi o María de los Ángeles Costichi, a la pena de dos años y seis meses de prisión y dos años y seis meses de prisión de ejecución condicional, respectivamente, por considerarlos coautores del delito de robo simple que se les atribuye en el marco de los autos N° P-30.702/16 (art. 164 del CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Son procedentes los recursos interpuestos?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El tribunal tuvo por corroborada la plataforma fáctica endilgada a los acusados, que sostiene que «[e]l día 20 de marzo de 2016, siendo aproximadamente las 13.30 horas, los encartados Demetrio Gustavo Esteban o Gustavo Esteban Demetrio o Demetrio Gustavo Esteban o Esteban Demetrio Gustavo y María de los Ángeles Fostichi o María de los Ángeles Costichi, interceptaron a Matías Román Mariotti en la puerta del domicilio sito en calle Trelew 1038 de Luján de Cuyo. En esa oportunidad [el acusado] extrajo de un bolso de color marrón un cuchillo y se lo colocó de manera intimidatoria a la altura del estómago a Mariotti, mientras que [la acusada] comenzó a revisarle las ropas y le sustrajo la suma de setecientos pesos que la víctima guardaba en una billetera en el bolsillo trasero de su pantalón, con los que se dieron a la fuga en dirección desconocida» (ver requerimiento de citación a juicio de fs. 193/196 y soporte audio visual del día 12/08/2019, a partir del minuto 1:30).

Por un lado, y para acreditar que el acusado fue uno de los autores del hecho, el tribunal de sentencia valoró el testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente. En tal sentido, destacó que ésta no tenía grado de animosidad alguno respecto de los acusados, que reconoció a ambos en la vía pública y que, al denunciarlos, detalló una serie de elementos que tenía uno de los autores del hecho y que fueron hallados entre las pertenencias del acusado Demetrio (ver soporte audiovisual del día 12/08/2019). Por otro lado, respecto de la intervención de María de los Ángeles en los hechos, valoró como determinante la inverosimilitud de sus explicaciones, en tanto la acusada sostuvo que, efectivamente, tenía \$700 de la víctima, pero porque le había «adivinado la suerte» y ésta le había pagado.

Al respecto, el tribunal consideró que se trataba de una explicación burda, puesto que «nadie da sus últimos 700 pesos del mes para que le adivinen el futuro», y toda vez que la explicación del denunciante se veía más compatible con las constancias de la causa (ver soporte audiovisual del día 12/08/2019). Además, destacó como adecuada la postura del representante del Ministerio Público Fiscal al cambiar la calificación bajo la que los hechos fueron elevados a juicio -de robo agravado por el uso de arma a robo simple-. Ello, puesto que la **falta de hallazgo de un arma** determinó que existieran dudas respecto de la modalidad del robo y, por ello, debía aplicarse el art. 2 del CPP (ver soporte audiovisual del día 12/08/2019).

II.- El recurso de casación de la defensa

La defensa del imputado impugna la sentencia individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474, incs. 1 y 2 del CPP, es decir, por entender que contiene vicios in iudicando e in procedendo. Indica que el tribunal de sentencia condenó a pesar de no existir el grado de certeza necesario para hacerlo, toda vez que ha basado la solución del caso en una errónea valoración de los dichos del denunciante.

En este aspecto, afirma que el testigo cometió serias contradicciones respecto de lo dicho al denunciar, y que su declaración no contó con prueba periférica alguna que la apoyara.

Explica que éste sostuvo, en su primera presentación, que el acusado «le había puesto un cuchillo en la panza», pero que luego, en el debate, sostuvo que el acusado se colocó detrás de él y que sintió «algo como un cuchillo», y que al darse vuelta alcanzó a ver «como una navaja envuelta en ramas». Con ello afirma que, atento a que el arma no fue identificada ni habida, debe concluirse que el denunciante mintió en todo, es decir, que el hecho atribuido no existió.

Agrega que esto se corrobora con la contradicción del denunciante al describir al autor del hecho en la primera oportunidad en que declaró, toda vez que no se condice lo que dijo con las características físicas del acusado. Señala que la sentencia carece de fundamentación suficiente y que la acusación se encuentra huérfana de pruebas, puesto que el testigo Cayetano Puig dijo no haber visto el arma blanca o el robo denunciado. En este sentido afirma que la declaración del denunciante es insuficiente para derrumbar el estado de inocencia del que goza el acusado.

En otro orden de ideas, afirma que las razones expuestas por la defensa en la audiencia de debate no se han considerado en absoluto y que el tribunal no ha hecho una determinación precisa y circunstanciada del hecho que ha tenido por acreditado. Repasa aspectos que, según su criterio, son indicios que juegan a favor de los acusados.

Entre ellos, comenta que la claridad y la urbanización del presunto lugar de los hechos descartan la temeridad necesaria para cometer un robo, que no existen «bandas de gitanos» que se dediquen a robar o a cometer delitos violentos y que el escaso monto supuestamente sustraído -\$700- descarta la hipótesis de un robo violento.

Además, indica que el hecho de que la denuncia se haya formulado días después del supuesto hecho, y no inmediatamente, es un indicio de que el hecho no ocurrió. Con todo lo dicho entiende criticable que, atento a que el arma nunca fue habida, ni vista por ningún testigo, el fiscal de la causa haya desistido de la figura agravante y el tribunal haya entendido que se encontraban acreditados los hechos como un caso de robo simple. Afirma, como conclusión, que la sentencia es nula por vicios de motivación, por haberse afectado el debido proceso penal y el derecho de defensa.

Formula reserva del caso federal.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal de los recursos incoados por la defensa, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Advierte que el recurso gira sobre el cuestionamiento de la valoración que el tribunal ha hecho del testimonio de la víctima y, en términos generales, sobre la validez del «**testigo único**», para de ese modo poner en duda la intervención de los encartados en el hecho.

Con ello, recuerda jurisprudencia que sostiene que el adagio «testigo único, testigo nulo» no tiene validez en el actual ordenamiento procesal. Repasa todas las coincidencias entre el relato de la víctima y la descripción del acusado al momento de ser aprehendido y afirma que la sentencia recurrida se encuentra debidamente fundada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio invocados por la parte recurrente, adelanto mi posición en el sentido de que no corresponde hacer lugar a la presentación casatoria y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia proveniente del Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Primera Segunda Circunscripción Judicial.

En resumidas palabras, el núcleo de la crítica recursiva se ubica en la disconformidad respecto de la posibilidad de condenar a los acusados con el grado de certeza alcanzado a partir de lo que la defensa considera prueba insuficiente.

En concreto la parte recurrente advierte que, debido a la falta de hallazgo del arma supuestamente utilizada en el hecho y las contradicciones del denunciante, debió aplicarse el principio in dubio pro reo (ver soporte audiovisual del día 12/08/2019).

Ahora bien, según se advierte, estos argumentos ya fueron manifestados en la instancia de debate, como parte de la estrategia utilizada por la defensa para lograr la absolución de los acusados, y fueron adecuadamente valorados por el tribunal de juicio al contraponerlos con la prueba recolectada y la hipótesis presentada por la acusación.

Por esta razón, al reeditarse en esta instancia aquellos argumentos sin mayores elementos de prueba que evidencien la inocencia de los acusados o que alimenten el grado de duda al que ha aludido la defensa, el recurso no puede ser acogido.

Al respecto debe decirse, en primer lugar, que las críticas de la defensa se muestran insuficientes para reavivar la idea de que el testimonio de la víctima es endeble y, por ello, insuficiente para arribar a una condena.

En efecto, sobre la presunta contradicción de la víctima al indicar la zona donde le habrían colocado lo que sería un arma blanca, se muestra adecuada la valoración del tribunal, en tanto aclaró que el testigo siempre se refirió a la zona o «altura de la panza» o el «sector lateral del cuerpo, a esa altura» (ver soporte audiovisual del día 12/08/2019, denuncia de fs. 1/2 y declaración de Matías Mariotti en el soporte audiovisual del día 31/07/2019).

Asimismo, fueron adecuadamente abordadas por el tribunal las supuestas contradicciones del denunciante al describir físicamente al acusado, toda vez que se explicó cómo los acusados cambiaron el color de su cabello de forma intencional.

Además, valoradas integralmente con los demás elementos de prueba, tales contradicciones no pueden superar el grado de certeza alcanzado a partir de los resultados positivos en las ruedas de reconocimiento

practicadas e incorporadas al juicio (ver soporte audiovisual del día 12/08/2019 y actas de fs. 159 y fs. 178).

En segundo lugar, debe decirse que tampoco le asiste razón a la defensa cuando señala la ausencia de testigos u otros elementos que corroboren lo dicho por el denunciante. En este sentido se destaca el testimonio de Cayetano Puig, quien sostuvo que el día de los hechos dos personas hablaban con la víctima cuando una de ellas -un hombre- sacó «un objeto de un bolso de mano color marrón», y «Matías se quedó quieto como si fuese a contener algún peligro», ocasión en la que la otra persona -una mujer- se puso «detrás de Matías y le [colocó] la mano encima, como sacándole algo» (ver fs. 6).

Asimismo, se destacan, las actas de reconocimiento en rueda de persona obrante a fs. 159 y 178, de las que se desprende que la víctima reconoció a ambos acusados, y el hallazgo de un morral marrón y un crucifijo entre las pertenencias del acusado Demetrio. E

stos elementos ya habían sido descritos por el denunciante como aquellos que llevaba consigo el autor del hecho (ver denuncia de fs. 1/2 y acta de secuestro de fs. 19).

Todos estos elementos, fueron incorporados como prueba al debate con acuerdo de partes y valorados por el tribunal de sentencia a fin de determinar la credibilidad que le merecían los dichos del denunciante (ver acta de fs. 223, acta de fs.373 y soporte audiovisual del día 28/08/2019).

Finalmente, respecto de **la falta del hallazgo de un arma blanca, entiendo adecuada la apreciación del tribunal cuando sostuvo que aquello no implica obstáculo para tener por acreditado el hecho**, respecto del cual, el órgano acusador fijó la calificación definitiva, este es, un robo simple.

En efecto, al expedirse sobre la prueba producida el representante del Ministerio Público Fiscal entendió que el denunciante no había sido categórico respecto de si lo habían robado con un cuchillo u otro elemento que le apoyaran, pero que sí había sido categórico en que la sustracción fue violenta, razón por la que debían aplicarse las previsiones del art. 164 del CP (ver alegato fiscal y fundamentos, en el soporte audiovisual día 28/08/2019).

Finalmente, tampoco puede compartirse con la defensa que sus alegatos no fueron valorados por el juzgador, toda vez que los fundamentos del tribunal se basaron en un contraste entre los elementos de prueba recolectados y la hipótesis alternativa esbozada por la defensa para, de ese modo, tener por corroborados los hechos acusados al cierre del debate (ver soporte audio visual del día 28/08/2019). En suma, no se advierten vicios de carácter sustancial o formal tal como los advierte el recurrente, u otros, capaces de controvertir el grado de convencimiento alcanzado por el tribunal y la precisión de la calificación bajo la que se subsumieron los hechos, razón por la que la primer cuestión planteada ante esta Sala debe responderse negativamente. Por las razones expuestas precedentemente, entiendo que el recurso de casación presentado debe ser rechazado y, en consecuencia, debe confirmarse la Sentencia N° 797 del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO. DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 382/390 vta. por la defensa de los acusados y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y sus fundamentos, obrantes a fs. 374 y vta, y en soporte audiovisual, respectivamente.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal formulada por la parte recurrente.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

42- ALIAGA. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	-	-	AI	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcAliaga.pdf

Lex: Art. 163 inc. 6°, 166 inc. 2° en función del art. 42, 55 del CP

Vox: Robo. Hurto. Hurto agravado. Hurto de vehículo dejado en la vía pública. Arma impropia. Tentativa.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por ser autor penalmente responsable de los delitos de hurto agravado -vehículo dejado en la vía pública- y robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa en concurso real (art. 163 inc. 6, 166 inc.2 en función del art. 42 y 55 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Aduciendo falta de determinación de circunstancias del hecho; que no se escuchó al imputado, ni se valoró sus declaraciones; violación al principio de congruencia fundado en la diferente calificación del hecho en la sentencia y en la acusación; que no se encuentra probado que se haya violentado la seguridad del vehículo y en cuanto a la individualización de la pena, manifiesta que no se tuvo en cuenta la atenuación de la tentativa.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación promovido por la defensa.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 442, pronunciada por el TPC N° 1- 2° CJ.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-04800606-4/1((028601-65380)) FC/ ALIAGA, MARTINEZ VALENZUELA P/ ROBO AGRAVADO (65380) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104880390*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04800606-4/1, caratulada “F. C/ ALIAGA, MARTÍNEZ VALENZUELA P/ROBO AGRAVADO (65380) P/REC. EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa técnica de Brian Daniel Aliaga interpone recurso de casación (fs. 252/259) contra la Sentencia N° 442 (fs. 241) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de cuatro años y seis meses de prisión por ser autor penalmente responsable de los delitos de hurto agravado –vehículo dejado en la vía pública– y robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa en concurso real (arts. 45, 163 inc. 3°, 166 inc. 2° primera parte, en función del 42 y con aplicación de las reglas del 55, todos del C. P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas. SOBRE LA

PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La jueza sentenciante tuvo por acreditado, con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria y en el marco de los autos P-65.380/18, que el día 14 de agosto de 2018, antes de las 07:00 horas, Brian Daniel Aliaga y otra persona se apoderaron ilegítimamente de la moto Gilera Modelo FU dominio 729-BTX que estaba estacionada en la vía pública, en la vereda del domicilio de su dueña –Julia Natalí Hernández Álvarez–, calle Emilio Civit N° 1118 de la Ciudad de Malargüe (fs. 245 vta.). Por su parte, en el marco de los autos P-65.379/18, tuvo por acreditado con idéntico estándar que el día 14 de agosto de 2018, antes de las 07:00 horas, minutos después de ejecutado el hecho antes descripto, habiendo caminado unas dos cuadras con la moto sustraída a la par, Brian Aliaga interceptó a Milagros Haydeé Marfil que caminaba por calle Jorge Newbery a metros de Telles Meneses.

Colocándole un cuchillo largo y finito en la zona del mentón, le exigió con violencia la entrega del teléfono que llevaba, apoyándole luego el arma blanca en la zona abdominal, en distintos puntos. Asustada, Marfil le dio su celular marca Samsung J5. Con esa cosa mueble totalmente ajena en su poder, Aguilar le aplicó un golpe en el pómulo derecho, causándole contusión y hematoma en el párpado inferior, incapacitándola para el trabajo por siete días (f. 245 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró el testimonio de Milagros Haydeé Marfil, Ricardo Javier Arenas y Julia Hernández; la declaración del imputado; el informe médico de fs. 25; las constancias del C.E.O. a fs. 122/123 y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios in procedendo e in iudicando.

a) Vicios in procedendo

En primer término, el recurrente entiende que la sentencia devendría nula en tanto falta la determinación circunstanciada del hecho que la jueza ha estimado acreditado.

En segundo término, la sentencia padecería un vicio que acarrearía su nulidad en relación con su fundamentación, por ser ajena a las reglas de la sana crítica racional. En esta línea, advierte que no se escuchó a su representado, ni valoró sus declaraciones. Asimismo, subraya que las premisas fácticas sentadas por el tribunal de juicio como presupuesto de la responsabilidad penal de su defendido carecerían de todo respaldo en la causa. En tercer término, la defensa sostiene que la sentencia sería contradictoria, en tanto se tuvo por probado el agravante del robo por el uso de arma, mientras que la acusación fue por uso de arma impropia. Con base en esta apreciación advierte una violación del principio de congruencia. Subraya, en último término, que no se encuentra probado que se haya violentado o roto mecanismo de seguridad alguno en el momento del apoderamiento de la motocicleta, lo cual surgiría de la pericia de Policía Científica.

b) Vicios in iudicando

En este plano, la defensa critica la actividad de individualización de la pena llevada a cabo por la a quo con el fin de demostrar que no se ha ajustado a derecho.

Sustenta esta objeción en que, conforme la calificación legal establecida por el tribunal, la escala penal aplicable emerge de la figura del art. 166, inc. 2 del Cód. Pen., que establece un castigo que oscila entre los cinco y los quince años de prisión. Sin embargo, esto omitiría considerar que la calificación fue modificada en orden a su grado de realización delictiva hasta ser reducida a la escala de la tentativa de delito.

Y, en este marco, la pena proporcionada a entender del recurrente sería de tres años de prisión, planteo al que subyacen argumentos preventivos generales y especiales. Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto. De modo preliminar, señala que se trata de una reiteración de cuestiones tratadas en el debate, la cual no alcanza para poner en crisis la sentencia analizada.

En este sentido, considera que las circunstancias de tiempo, lugar y modo del hecho fueron correctamente verificadas y explicitadas.

En relación con el tener por probado el uso de arma cuando la acusación calificaba el comportamiento de Aliaga por el uso de arma impropia, expresa que el juez posee la facultad de dar a los hechos acreditados la calificación que estima correcta y aplicable; todo ello con base en el art. 413 C.P.P.

Agrega que el principio de congruencia se encontraría a salvo, en tanto desde un comienzo al imputado se le imputó un hecho ejecutado con un cuchillo, el cual nunca podría ser un arma impropia. Por último, el titular del Ministerio Público Fiscal sostiene que el delito de hurto agravado no se encuentra tentado, sino consumado, al probarse que hubo apoderamiento con posibilidad de disposición del vehículo por parte de los imputados.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

a) Vicios in procedendo

En primer lugar, la defensa sostiene que la sentencia devendría nula por no encontrarse circunstanciado el hecho que el juez estimó acreditado.

Este agravio debe ser descartado de plano con base en lo plasmado bajo el acápite b) titulado «Los hechos acreditados» a fs. 245 de los fundamentos. En efecto, allí se lee que: «En cumplimiento de la exigencia del art. 411 inc. 3 C.P.P. (determinación precisa y circunstancia del hecho que el Tribunal estima acreditado) hago saber que con la totalidad de la prueba rendida tengo por acreditado más allá de toda duda razonable, que los hechos ocurrieron de la siguiente manera: P-65.379: el día 14 de agosto de 2018, antes de las 07:00 horas, Brian Daniel Aliaga y otra persona se apoderaron ilegítimamente de la moto Gilera Modelo FU dominio 729-BTX que estaba estacionada en la vía pública, en la vereda del domicilio de su dueña –Julia Natalí Hernández Álvarez–, calle Emilio Civit N° 1118 de la Ciudad de Malargüe. P-65.380: el día 14 de agosto de 2018, antes de las 07:00 horas, minutos después de ejecutado el hecho antes descrito, habiendo caminado unas dos cuadras con la moto sustraída a la par, Brian Aliaga interceptó a Milagros Haydée Marfil que caminaba por calle Jorge Newbery a metros de Telles Meneses.

Colocándole un cuchillo largo y finito en la zona del mentón, le exigió con violencia la entrega del teléfono que llevaba, apoyándole luego el arma blanca en la zona abdominal, en distintos puntos. Asustada, Marfil le dio su celular marca Samsung J5. Con esa cosa mueble totalmente ajena en su poder, Aguilar le aplicó un golpe en el pómulo derecho, causándole contusión y hematoma en el párpado inferior, incapacitándola para el trabajo por siete días» (fs. 245).

En consecuencia, ya con una primera lectura de los fundamentos de la sentencia en lo que hace a este tramo de su desarrollo, se deriva que las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos imputados a Aliaga, se encuentran debidamente fijados.

Comprobación que permite refutar la crítica defensiva en este aspecto. En segundo lugar, el recurrente critica que no se haya escuchado a su defendido y que la condena se sustentaría en premisas fácticas que «carecen de todo respaldo en la causa y no son más que simples afirmaciones que no tienen correlato con la prueba que se invoca» (fs. 271 vta.).

En relación con la valoración del descargo del imputado, advierto que este no solo fue considerado por la a quo, sino que fue contrastado correctamente con cada una de las pruebas de cargo, las cuales desvirtúan su verosimilitud como hipótesis alternativa a la brindada por el representante del Ministerio Público Fiscal al formular la acusación.

De hecho, a fs. 244 el tribunal adelantó que en la audiencia del día cinco de abril, luego de producida la prueba de recepción oral, Aliaga manifestó su voluntad de prestar declaración. Luego, a fs. 246 vta. la a quo analiza en detalle sus manifestaciones y subrayó que intentó morigerar su situación admitiendo algunos extremos de la acusación, pero negando otros, entre ellos, la existencia del cuchillo. Así, reconoció haber sustraído la moto –aunque diciendo que la idea fue de su amigo, con el fin de mitigar su responsabilidad– y, en relación con el otro hecho imputado, también admitió el robo del celular, aunque describiendo el hecho como una conducta menos grave. Transcribo el siguiente párrafo de la sentencia por ser pertinente a los efectos de contestar el agravio de la defensa: «[...] el acusado dijo que esa noche estaba en un bar –sito en Cuarta División y Rufino Ortega– tomando con otro muchacho, que salieron y su amigo miró la moto y le dijo ‘está regalada’.

Que su compañero la sacó, que él le dijo que no lo hiciera. Que no tenía candado ni nada. Que en un momento su amigo le dijo que iba a orinar y ahí fu cuando él agarró la moto. Que iban por Jorge Newbery,

que encontró a Milagros y le dijo 'dame el fono', nada más y que ella le dijo 'no, no', se lo pasó y él salió caminando.

Que cree que ella dijo que tenía un cuchillo porque él llevaba una campera de acetato azul con dos abrojos largos en las mangas que se usan para cerrar los puños, que los llevaba sueltos y que supone que ella debe haber creído que eso era un cuchillo. Que a Milagros la conocía de vista y nunca antes había tenido problemas con ella, que después de lo que sucedió se dio cuenta que era ella. Que tenía una campera azul oscura y tiene dos abrojos largos para envolver el puño y achicarlos, que quizás ella se confundió con eso, que son finitos y largos (señala unos 20 cm.), de neoprene, más o menos rígido» (fs. 246 vta.).

La jueza interviniente califica estos dichos de burla al sentido común, puesto que nadie podría confundir los abrojos de una campera de neoprene con un cuchillo.

Frente a ello, a su vez, opone que la declaración de Milagros Marfil fue razonable y creíble en orden a cómo sucedieron los hechos objeto del proceso. Así, la víctima manifestó que el autor le colocó un cuchillo en su abdomen y en su mentón.

En suma, de lo dicho hasta aquí se desprende que el imputado no solo fue escuchado, sino que, además, sus manifestaciones fueron valoradas, correctamente a mi juicio, y puestas en relación con el resto del plexo probatorio.

Todo lo cual, condujo a la a quo a descartar la versión de los hechos brindada por Aliaga y, en lo que a nosotros corresponde, nos conduce a rechazar el agravio defensivo relativo a este punto.

En tercer lugar, la defensa despliega una serie de argumentos en relación con la prueba de las circunstancias agravantes que, según entiendo, tampoco alcanzan lo que se proponen, esto es, hacer decaer la sentencia en tanto acto jurisdiccional válido.

En este sentido, se objeta que la acusación en el marco de los autos P-65.379/18 fue por robo agravado por el uso de arma impropia, mientras que la sentencia condenó por robo agravado por uso de arma. Una discordancia que atentaría contra el principio de congruencia. En relación con este agravio, considero que se impone su rechazo por diversas razones.

En primer lugar, porque no existe alteración de la plataforma fáctica que ocasionara sorpresa y, en consecuencia, perjuicio a la defensa del acusado: los hechos endilgados se han mantenido inalterados durante el proceso, específicamente en relación a la modalidad de comisión vinculada a que el objeto con el que se violentó a la víctima fue un cuchillo.

En segundo lugar, en tanto la defensa no explica cuál es el perjuicio que le ocasiona la circunstancia de que se condenara al acusado por robo agravado por el uso de arma cuando la acusación estaba referida a robo agravado por el uso de arma impropia, en tanto la calificación legal resultó idéntica –art. 166, inc. 2, primera parte, del CP–.

De tal manera, al no advertirse interés en el cuestionamiento, el agravio debe ser rechazado.

Finalmente, el recurrente objeta que no se encuentra probado que se haya violentado mecanismo de seguridad alguno en el momento del apoderamiento de la motocicleta, lo cual surgiría de la pericia de Policía Científica.

Este agravio debe ser descartado sin más, en tanto, el recurrente olvida –tal como pone de relieve el Procurador General– que Aliaga fue condenado por hurto agravado por ser de un vehículo dejado en la vía pública y no por robo.

Por lo que la ausencia de violencia en las personas o fuerza en las cosas ha sido correctamente incorporada por la jueza sentenciante a su silogismo.

b) Vicios in iudicando

Como anticipé, en este plano, la defensa critica que, conforme la calificación legal establecida por el tribunal, la escala penal aplicable emerge de la figura del art. 166, inc. 2 del Cód. Pen., que establece un castigo que oscila entre los cinco y los quince años de prisión.

Sin embargo, esto omitiría considerar que la calificación fue modificada en orden a su grado de realización delictiva hasta ser reducida a la escala de la tentativa de delito.

Con todo, esta crítica tampoco es suficiente para hacer decaer la validez del razonamiento de la a quo en lo que respecta a este tramo de la sentencia. Refiero tres argumentos que considero centrales.

En primer lugar, la sentencia se mantiene debajo del umbral de pena solicitado por el Ministerio Público Fiscal, ya que a Aliaga se le impusieron cuatro años y seis meses de prisión, mientras que la acusación solicitó cinco años de prisión. De este modo, el principio acusatorio se encuentra resguardado.

En segundo lugar, el castigo tampoco desborda la escala penal del hurto agravado y del robo agravado intentado en concurso real. En efecto, la jueza considera que el máximo aplicable conforme las reglas del art. 56 Cód. Pen. arrojan un máximo de 16 años de prisión.

Por último, la sentencia presenta un iter argumentativo claro y distintivo de las circunstancias que el tribunal entiende gravan al autor y su hecho en tanto injusto culpable, y la que lo desgravan. En relación con esta actividad se destaca la valoración de las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión, en función de las cuales se subraya que Aliaga actuó aprovechando la nocturnidad y de manera sorpresiva, lo cual paralizó a la víctima.

Se agrega, en esta línea, que no existieron circunstancias que pudieran haber disminuido su culpabilidad, en tanto no se verificaron causas endógenas o exógenas que hubieran impulsado al imputado a delinquir. Asimismo, se pone de relieve el grado de violencia desarrollado en el asalto –amenaza con un cuchillo y un golpe en el pómulo–, el cual es considerado innecesario de acuerdo con las condiciones de la víctima, el lugar y el momento en que se ejecutó el hecho, así como que se trata de un caso de violencia de género, pues el modo de ejecución evidencia una relación de desigualdad entre el autor hombre y la víctima mujer. Pondera a favor de Aliaga, no obstante, la ausencia de antecedentes penales meritorios. Dicho lo anterior, entiendo que la pena impuesta a Aliaga se encuentra debidamente fundada y se mueve dentro de la escala penal aplicable, en tanto segmento derivado de la calificación legal y el grado de realización de los hechos imputados.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de Aliaga. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Brian Daniel Aliaga.
- 2.- Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

43- CURIA MORATORE. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	R	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcCoria.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° supuesto, 12 y 29 inc. 3° del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Juicio abreviado.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **cinco años y nueve meses** de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). La defensa manifiesta que se produjo un vicio en el consentimiento de su representado al momento de la realización del juicio abreviado.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso interpuesto por la defensa.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 425, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

Parágrafo destacado

Del voto del preopinante: "...no debe perderse de vista que el **procedimiento abreviado**, como trámite especial frente al juicio común, se encuentra revestido de un conjunto de formas tendientes a garantizar precisamente que el acusado cuente con la información necesaria para decidir sobre su procedencia."

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo (Licencia).

(H.Z.)

Fallo.

CUIJ: 13-04777226-9/1((018602-32410)) FC/ CORIA MURATORE RODOLFO MARTIN P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (32410) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104855878*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04777226-9/1, caratulada "F. C/ CORIA MURATORE RODOLFO MARTÍN P/ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA (32410) P/REC. EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La Defensa técnica de Rodolfo Martín Coria Muratore interpone recurso de casación (fs. 336/338) contra la Sentencia N° 425 (fs. 330) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de cinco años y siete meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2°, primer supuesto, 12 y 29 inc. 3° del C. P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante tuvo por acreditado, en el marco de un procedimiento abreviado y con la certeza requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que «el día 17 de abril de 2018, en calle Chubut de la Ciudad capital, frente al número municipal 206, Coria Muratore asaltó y golpeó en la cabeza a la víctima con un arma de fuego no habida y luego le propinó reiterados puntapiés mientras ella estaba en el suelo, hasta vencer la resistencia de Cascarano [con el fin de que entregara] las llaves del vehículo de su propiedad, para luego desapoderarla del mismo alejándose del lugar» (fs. 358 y vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró el informe de fs. 6 respecto de las lesiones sufridas por la víctima; la testimonial de la víctima de fs. 37; el acta de fs. 46 en la que se deja constancia de lo actuado en una exhibición de álbumes fotográficos, las constancias de la causa N° P31.935/18 y las demás pruebas válidamente incorporadas al proceso.

II.- Recurso de casación

La defensa considera que la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado padece vicios in iudicando.

En esta línea, explica que al momento de reconocer la responsabilidad por los hechos imputados que dieran lugar al juicio abreviado, su defendido padeció un «vicio en la voluntad», pues no entendió cabalmente los extremos del acuerdo.

Agrega el recurrente que Coria Muratore se encontraba altamente condicionado por la expectativa de una pronta libertad. Con base en lo anterior, considera que se ha vulnerado la regla preceptiva establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional que impone la celebración de un juicio previo a la imposición de cualquier pena, así como la regla prohibitiva que veda la autoincriminación compulsiva con base en los

arts. 456, inc. 1 y 457 del C.P.P.N. y concordantes del citado ordenamiento [sic]. Realiza reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto. Después de analizar los argumentos vertidos por la defensa, destaca que surge claramente del análisis del caso planteado en autos que se ha cumplido acabadamente con el procedimiento previsto en el Código Procesal Penal para el procedimiento abreviado, por lo que los motivos que expresa el impugnante para recurrir carecen del debido sustento.

El titular del Ministerio Público Fiscal concluye que las normas procesales pertinentes han sido debidamente cumplidas, porque el juicio abreviado fue elegido por el imputado bajo la formalidad prevista por la ley para garantizar el amplio conocimiento y libre voluntad del enjuiciado. De igual manera, éste fue asistido por su defensor, en conjunción con el representante fiscal y ratificado en forma personal ante el tribunal de juicio.

IV.- La solución

Voto Dr. Adaro. Preopinante

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado. El núcleo del agravio de la defensa es el vicio en el consentimiento del acusado para la realización del juicio abreviado.

El recurrente sustenta su punto de vista en que no se le habrían explicado las consecuencias de este procedimiento y subraya que su representado esperaba un beneficio que consistiría en lograr su libertad en un tiempo menor. Finalmente, remata su crítica poniendo de relieve el quebrantamiento de la garantía de juicio previo a la condena y de la prohibición de la autoincriminación compulsiva.

Desde luego, la protesta anterior requiere en primer lugar compulsar las constancias obrantes en la causa. La pregunta que se impone contestar reza si Coria Muratore efectivamente desconocía el alcance del procedimiento abreviado. Una respuesta negativa a tal cuestión despejará cualquier duda sobre la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de aceptar este procedimiento.

Frente a lo anterior, anticipo que de las constancias de la causa surge que efectivamente el acusado conocía las implicancias del procedimiento abreviado, en tanto su alcance fue instruido correctamente por el tribunal de juicio, por lo que no existe vicio en su consentimiento, ni tampoco violación de la garantía de juicio previo o de prohibición de autoincriminación compulsiva, tal como lo pretende la defensa. A ello debe agregarse que contó oportunamente con la debida asistencia del defensor oficial. Pero antes de pasar a analizar las constancias de la causa, baste con decir, en relación con este último tramo del agravio del recurrente, que no ha brindado argumento alguno que sustente una crítica de tal magnitud, la cual permanece en un nivel de abstracción que no es concretado de acuerdo con el caso de autos.

Es que la entidad de las consecuencias procesales que acarrearía la violación de tales garantías constitucionales ameritan, al menos, una mayor dedicación al momento de ser fundamentadas. Ahora bien, como adelanté, de la compulsión del soporte audiovisual a la luz de la constancia de realización de la audiencia de debate oral, advierto que se han cumplido acabadamente las previsiones establecidas en el ordenamiento procesal local (en lo fundamental, véase la constancia de realización de audiencia de debate oral a fs. 328/329 y los registros audiovisuales a partir de 00:03:40).

En efecto, el representante del Ministerio Público Fiscal y el imputado conjuntamente requirieron la aplicación del procedimiento abreviado.

Acto seguido, el fiscal mantuvo la acusación en contra del imputado por los hechos descriptos en la acusación formal y solicitó que fuera condenado como autor penalmente responsable de los delitos imputados a la pena de cinco años y siete meses de prisión, por el delito de robo agravado por el uso de arma, más su declaración de reincidencia (véase, 00:04:00).

Por su parte, la defensa manifestó que era voluntad del asistido la realización de un procedimiento abreviado por idéntica pena y con base en los hechos plasmados en la acusación (véase, 00:05:10).

Conforme lo anterior, el juez hizo saber al imputado que la audiencia estaba establecida en el C.P.P. de Mendoza y le explicó en qué consistía el procedimiento abreviado (véase, 00:05:40).

Asimismo, le preguntó si conocía los hechos por los que era acusado y la pena solicitada por la fiscalía para, finalmente, interrogarlo sobre la asunción de la responsabilidad y autoría de los hechos, a lo que contestó, en todos los casos, afirmativamente (véase, 00:06:35).

Dicho lo anterior, no debe perderse de vista que el procedimiento abreviado, como trámite especial frente al juicio común, se encuentra revestido de un conjunto de formas tendientes a garantizar precisamente que el acusado cuente con la información necesaria para decidir sobre su procedencia.

Dado el caso, estas no solo se han cumplido en el plano formal, sino que, a su vez, se advierten satisfechas en el plano material, por lo que considero que no existen razones para desconfiar del reconocimiento de responsabilidad realizado por Coria Muratore al momento de ser preguntado por el tribunal de juicio. Por otra parte, debe destacarse que el sentenciante fundó su decisión no sólo en el reconocimiento del acusado, sino en los elementos de prueba obrantes.

Así, destacan los testimonios de la víctima, Romina Cascarano, y de los oficiales de policía intervinientes, quienes realizaron el procedimiento de aprehensión del imputado; el acta de secuestro, el informe del examen físico de la víctima y el acta de reconocimiento en rueda de personas.

En definitiva, conforme lo anterior, estoy convencido de que el acusado fue debidamente informado del alcance del procedimiento abreviado y, por ende, su consentimiento no se encuentra viciado. Todo ello, habla en contra de las pretensiones del recurrente y justifica el rechazo de su planteo. Finalmente, en línea con las consideraciones del Procurador General, debe añadirse que la sentencia dictada en contra de Coria Muratore se encuentra correctamente motivada, tanto en lo que hace a la valoración de la prueba, como en relación con la aplicación del derecho.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, estimo que debe rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa técnica de Coria Muratore. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Rodolfo Martín Coria Muratore.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

44- FERNANDEZ ROSALES, ZULETA SOSA y ot. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	M	AFA	PCE	-	EGT	A	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcFernandez.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 2° párrafo, 42, 54, 167 inc. 2, 42, 55, 183, 104, 1° párrafo del CP. Art. 8.2.h. de la CADH

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Concurso ideal. Poblado y banda. Tentativa. Daño. Abuso de arma. Prueba indiciaria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión**, como coautor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 segundo supuesto, 42, 54, 167 inc. 2, 42 y 55 del CP) en autos P-17.236/16; autor del delito de daño (art. 183 del CP) en autos N° P-126.175/15; como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, párrafo 2, 54 y 167 inc. 2 del CP) en autos N° P-133.272/15; y, autor del delito de abuso de armas (art. 104 primer párrafo del CP) en autos N° P1.917/16; todos en concurso real.

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación promovido por la defensa.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 441 (09-03-21), pronunciada por el TPC N° 2-1° CI.*

Precedentes citados

a-SCJM

Prueba indiciaria:

- Ortiz Morel. 11-06-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

En relación a la apreciación de la prueba indiciaria, para que los **indicios** constituyan plena prueba es indispensable que sean **plurales, graves, concurrentes y concordantes**, y además, que las inferencias que los mismos otorguen, converjan hacia el mismo resultado, de manera que en conjunto merezcan plena credibilidad y le lleven al juzgador el absoluto convencimiento sobre el hecho investigado. De este modo, si del estudio comparativo quedan en pie los indicios, porque resultan descartados los contra indicios, con la ayuda de la lógica y de acuerdo con las normas de la sana crítica, se podrá adoptar la conclusión final acerca de si ese conjunto de indicios conduce unívocamente a producir la certeza sobre la existencia del hecho investigado.

Un acto sentencial es válido cuando se apoya sustancialmente en inferencias valorativas, emergentes de hechos ciertamente probados, a través de prueba directa, las que para constituirse en prueba indirecta deben resultar suficientemente fundadas por el tribunal, lo que impide la presencia de indicios irrazonables, absurdos, arbitrarios, contradictorios o fundados en prueba ilegal.

La oportunidad procesal pertinente para interposición de un planteo de inconstitucionalidad del art. 14 CP, como también la instancia para su tratamiento y resolución, es cuando, previa firmeza de la sentencia, el condenado se encuentra bajo el régimen de ejecución penitenciaria, lo que trasunta en la posibilidad real de acceder al beneficio respectivo.

Es juez competente para efectuar el control judicial respecto de la ejecución de la pena privativa de libertad, el **Juez de Ejecución**, por lo que es él y no la Suprema Corte de Justicia, quien debe expedirse sobre la libertad condicional del encartado.

La **pena de prisión perpetua**, pese a su prolongada duración, no vulnera en sí misma ninguna garantía o principio reconocido por la Constitución Nacional o instrumentos internacionales de igual jerarquía, en tanto no es infamante, cruel, ni inhumana y tampoco verdadera perpetua.

- Gallo Melendre.09-03-12: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

La declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas sino también en elementos de convicción indirecta, entre los cuales se destacan los indicios, los cuales son las pruebas indirectas por excelencia.

Esta Sala en forma reiterada ha sostenido la posibilidad de que la condena impuesta se base en la composición de **prueba indiciaria**. Actualmente está fuera de discusión tanto desde la óptica de la doctrina como de la jurisprudencia, la posibilidad de adquirir certeza sobre la participación de quién se encuentra sometido al proceso penal, valiéndose de prueba indirecta, siempre y cuando ésta cumpla con los recaudos pertinentes y que la valoración se realice en forma conjunta y no de manera aislada y fragmentada...El método de la sana crítica racional - artículo 206 ley 6730 - , permite al juzgador la libertad de seleccionar aquellos datos probatorios que conduzcan a crear en su ánimo el estado intelectual de certeza que le autorice legítimamente a afirmar que un sujeto resulta autor responsable del delito de que se trate.; asimismo la libre selección de tales elementos probatorios, importa la contrapartida de la exigencia ineludible de la motivación del decisorio sea condenatorio o absolutorio, a fin del adecuado control en el razonamiento del sentenciante.

El electrocutor o "**picana**" se halla previsto como arma de uso civil en el **decreto ley 395/75**, por lo que cabe interpretar el alcance del concepto de **arma**, verificándose que la picana se encuentra dentro del mismo.

Parágrafos destacados

“En primer lugar conviene recordar que resulta función de este cuerpo –en atención a las previsiones del **art. 8.2.h. de la CADH**– verificar –en los supuestos de condena–: (i) que el juez o tribunal de sentencia contó, efectivamente, con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en ella tuvo el acusado; (ii) que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; y (iii) que la sentencia se encuentra motivada de una manera lógica y convincente.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo (Licencia).

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04780583-4/1((018602-17236)) FC/ FERNANDEZ ROSALES CARLOS, LIRA HERNANDEZ FERNANDO, ZULETA SOSA DARIO, BUSTOS BORDA PABLO P/ ROBO AGRAVADO (17236) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104859349*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04780583-4, caratulada "F. C/ FERNANDEZ ROSALES CARLOS, LIRA HERNANDEZ FERNANDO, ZULETA SOSA DARIO, BUSTOS BORDA PABLO P/ ROBO AGRAVADO (17236) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 1555/1569, la defensa técnica de Darío Emiliano Zuleta Sosa promueve recurso de casación en contra de la Sentencia N° 441, obrante a fs. 1512 y vta., de fecha 9 de marzo de 2.019 y sus fundamentos de fs. 1522/1541, en tanto condena al nombrado a la pena de diez años de prisión.

Ello en razón de considerarlo: coautor de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda en grado de tentativa (arts. 166 inc. 2 segundo supuesto, 42, 54, 167 inc. 2, 42 y 55 del CP) en autos P-17.236/16; autor del delito de daño (art. 183 del CP) en autos N° P-126.175/15; como coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2, párrafo 2, 54 y 167 inc. 2 del CP) en autos N° P-133.272/15; y, autor del delito de abuso de armas (art. 104 primer párrafo del CP) en autos N° P1.917/16; todos en concurso real.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial actuando en forma colegiada. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en relación a los autos N° P-17.236/16, tuvo por acreditado que: «[...] Zuleta Sosa, junto a Fernández Rosales, Pablo Bustos y Fernando Lira Hernández, ya condenados en autos, procuraron apoderarse ilegítimamente del cajero automático del banco ICBC ubicado en La Barraca mall, ejerciendo fuerza en las cosas por cuanto utilizaron una linga que tiraba desde una camioneta que enlazaron en el cajero para arrancarlo, empleando armas de fuego con las que efectuaron distintos disparos, conducta que no lograron consumir, ya que quedó demostrado que el cajero quedó tirado dentro del centro comercial» (fs. 1537 vta.).

Respecto a los hechos investigados en la causa N° P-126.175/15, el tribunal de juicio entendió probado que «[...] Zuleta Sosa efectuó cuanto menos, veintidós disparos con un arma de fuego calibre 9 mm. contra la vivienda de la Sra. Nilda Díaz, causando los daños descriptos en el acta de inspección ocular de fs. 8 y en el croquis ilustrativo de fs. 9, esa conducta encuentra el marco legal adecuado en la figura de [d]año simple (art. 183 del CP), toda vez que los impactos de los proyectiles producidos en el inmueble sito en

calle Pasaje Cosimano Lote 2, de Rodeo de la Cruz, Guaymallén, más precisamente en la pared del frente, de algún modo han dañado la vivienda, es decir un inmueble totalmente ajeno [...]». En relación a los hechos analizados en autos N° P-133.272/15, el a quo consideró probado que «[...] Zuleta Sosa junto a autores ignorados, pero actuando como mínimo tres personas, lograron apoderarse ilegítimamente del cajero automático del Banco Macro ubicado en la estación de servicios Red Mercosur, profirieron amenazas, sustrajeron un juego de llaves del vehículo del Sr. Alejandro Morello, maniataron al bombista Leonardo Jouvenot, y efectuaron varios disparos con armas de fuego, a la vez que ejerciendo fuerza en las cosas, destruyeron con una barreta el cajero automático y sustrajeron los cartuchos del mismo apoderándose de la suma aproximada de \$ 695.000 [...]». A su vez, y en lo referido a los hechos investigados en autos N° P- 1.917/16, el acto sentencial criticado tuvo por probado que «[...] Zuleta Sosa, efectuó disparos de arma de fuego contra la persona de Carla Domínguez que se encontraba manejando una camioneta, y que luego de acercarse a la misma, optó por dejar de disparar y retirarse en el vehículo en que se conducía [...] disparó al menos en tres oportunidades un arma de fuego contra la persona de Carla Domínguez, sin hierla [...]».

Para así decidir, el tribunal de la instancia anterior valoró las declaraciones testimoniales prestadas en audiencia de debate por: Ricardo Daniel Frías; Priscila García; Enrique Palacio; Alberto Huaranca; Sergio Quetglas; Ivana Douglas; Nilda Díaz; Carla Domínguez; Luis Flores; Marcos Domínguez; así como el resto de la prueba debidamente incorporada.

2.- El recurso de casación

La defensa técnica de Zuleta formula recurso de casación a tenor de las previsiones de los arts. 474 incs. 1 y 2 y 478 del CPP.

Sostiene que en las imputaciones que se le endilgan a su asistido gobierna la **falta de prueba directa** que lo incrimine, que las causas se basan en indicios que no logran sustentar la condena. En relación a los hechos atribuidos en autos N° P-126.175/15 refiere que la principal prueba que sustenta la autoría de su defendido son los dichos de Nilda Beatriz Díaz.

Aquella declaró dos veces en la investigación penal preparatoria y en el debate, a su criterio incurrió en numerosas y llamativas contradicciones que no fueron debidamente valoradas por el tribunal, pese a que la defensa las marcó en la audiencia en el juicio.

Afirman que los dichos de Nilda Díaz se contradicen con las manifestaciones de su nieta Milagros Galarce a fs. 5; y con sus propias declaraciones de fs. 1/2 y 26/27. Cuestiona el móvil asignado a su defendido para llevar a cabo el hecho que se le atribuye.

Formulan referencia a la declaración de Marcos Domínguez y consideran que el tribunal debió reforzar el supuesto móvil con la declaración de Carla Domínguez en autos N° P-1.917/16.

Por ello considera que, en definitiva, los fundamentos de la sentencia que cuestiona son parciales y arbitrarios al momento de probar la autoría de Zuleta. Respecto a los autos N° P-133.172/15 señala que, a criterio del tribunal de sentencia, la coautoría de Zuleta surge del dictamen de División Balística en el que se informa la identidad entre las vainas secuestradas en estos autos y las secuestradas en el expediente anterior. Entienden vulnerada la garantía de presunción de inocencia y sostienen que se ha invertido la carga de la prueba ya que pareciera que es el imputado quien debe probar al tribunal su inocencia.

Criticán la falta de valoración del reconocimiento en rueda de personas, como también que su asistido no apareciera en las filmaciones del lugar, la falta de secuestro del arma de fuego y la ausencia de prueba que vincule a Zuleta con el otro coimputado o en el robo del vehículo BMW.

Agrega que tampoco es posible inferir que, en caso de considerarse acreditada la autoría del daño, el arma continuaba en su poder veinte días después.

Cuestionan que se haya considerado como elemento convictivo el coincidente modus operandi con el hecho del robo al cajero de La Barraca, sin haber señalado cuál sería la identidad entre los hechos investigados. Respecto de autos N° P-1.917/16 da cuenta que en esa causa se investigó el hecho en que una Ford Ranger en la que se trasladaba Carla Domínguez (hermana de Marcos Domínguez e hija de Nilda Díaz) recibió disparos de arma de fuego el 9 de enero de 2.016. Que en este hecho la única testigo es Carla Domínguez que declaró en dos oportunidades, en la investigación penal preparatoria y en el debate en forma contradictoria.

Explica que a criterio del tribunal el móvil de los disparos sería la supuesta relación de Marcos Domínguez con la ex pareja de Zuleta y que el imputado se confundió pensando que era Marcos Domínguez quien conducía la camioneta esa noche.

Cuestionan la posibilidad de que Carla Domínguez haya reconocido al autor de los disparos en atención a las características del hecho denunciado.

Detalla contradicciones entre la declaración de Carla Domínguez con Brenda Aguilar y se queja de que no hayan sido meritadas por el tribunal. Finalmente en lo referido a la causa N° P-17.236/16 señala que en ésta se investigan los hechos ocurridos el 20 de febrero de 2016 y que se atribuye a su asistido la participación en un robo agravado en grado de tentativa de un cajero automático ubicado en el centro comercial La Barraca.

Refiere que en esta causa se llevaron a cabo una gran cantidad de medidas probatorias que resultaron útiles al Ministerio Público Fiscal para lograr condena mediante juicio abreviado de los coimputados. Pese a ello, señala la defensa que en relación a su defendido sólo existen tres indicios que lo vinculan con el robo atribuido, que estima no concluyentes: a) las vainas 9 mm que coinciden con los secuestros de las causas N° 126.175/16 y N° 133.272/15; b) los informes sobre un celular secuestrado; y, c) la referencia al similar modus operandi en relación a los hechos de autos P133275/15. Añade que ningún testigo vio a Zuleta ni éste fue registrado por las cámaras de seguridad. En relación a los elementos de convicción expresa que son tan solo indicios, entiende que también en esta causa se ha invertido la carga de la prueba. Señala violación del principio de congruencia (ver fs. 1566).

3.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 1577/1579 se expide el Procurador General, quien luego de examinar los agravios de la defensa, aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia cuestionada.

En primer lugar señala que el objeto del recurso de casación no es revisar los argumentos de la sentencia que no conforman a la defensa. Señala que la estrategia del recurrente ha consistido en separar las causas relacionadas a través de los indicios y luego los indicios en sí mismos; en tanto que la fuerza convictiva de los indicios se logra precisamente de su reunión y examen conjunto.

Señala que a su criterio en los autos N° P-126.715/15 la reunión de los tres indicios apuntan, sin dudas, a Zuleta. Destaca las declaraciones de Nilda Díaz y Marcos Domínguez y pone de resalto el móvil que determinó al imputado. Agrega que en este hecho y en los otros investigados el círculo indiciario se cierra con las vainas servidas secuestradas en la causa N° P-126.715/15, como los robos de los dos cajeros automáticos, indicios que reunidos indican a Zuleta como autor del hecho.

Descarta la alegada inversión de la carga de la prueba y entiende que el modus operandi similar surge palmario. En relación a los autos N° P-1.917/16 considera que las circunstancias señaladas por la defensa

no resultan más que consideraciones vertidas desde su punto de vista personal. Formula reserva del caso federal.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Del análisis del recurso promovido y la sentencia puesta en crisis, adelanto mi opinión en el sentido de que corresponde el rechazo del primero de aquéllos y la confirmación de la segunda, puesto que no se verifican los vicios que denuncian la defensa.

En primer lugar conviene recordar que resulta función de este cuerpo –en atención a las previsiones del **art. 8.2.h. de la CADH**– verificar –en los supuestos de condena–: (i) que el juez o tribunal de sentencia contó, efectivamente, con suficiente prueba en relación a la plataforma fáctica investigada y la intervención que en ella tuvo el acusado; (ii) que esa prueba fue lograda sin quebrantar derechos o garantías fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; y (iii) que la sentencia se encuentra motivada de una manera lógica y convincente.

Desde esta perspectiva entiendo que el acto sentencial atacado no presenta los vicios que le asigna el recurrente.

Por el contrario, estimo que el tribunal de la instancia anterior contó con suficientes elementos de prueba y su valoración fue realizada correctamente, en atención a la naturaleza de los hechos investigados. Ello permite sostener, jurídica y fácticamente, la sentencia como acto jurisdiccional válido, por cuanto no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Esto en razón de la jurisprudencia reiterada de esta Sala según la cual, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177); lo que en la especie no ocurre.

De forma preliminar he de señalar que en la resolución cuestionada el tribunal a quo se pronunció sobre cuatro hechos que ocurrieron entre el 23 de noviembre de 2015 y el 20 de febrero de 2016 y, en las cuatro causas investigadas distintos elementos de prueba convergen en sindicar a Darío Zuleta tomando intervención en aquellos.

Conuerdo con el criterio vertido por el Procurador General en su dictamen de fs. 1577/1579 y con el del Fiscal Adjunto en la audiencia de informe oral, en cuanto a que la argumentación de la sentencia puesta en crisis no resulta circular, sino que ha existido por parte del juzgador una valoración integral de las pruebas de las distintas causas en las que fue juzgado el imputado.

Tal manera de valorar los elementos de convicción no resulta vedado al sentenciante sino que, por el contrario, **permite una interpretación global de los medios de prueba** que permiten confirmar o descartar la modalidad de un hecho delictivo o la participación en el mismo. Coincido también en que la estrategia de la defensa radica en separar cada causa, para negar su vinculación, y luego aislar los indicios restándoles fuerza convictiva.

Ahora bien, concretamente en relación al primero de los hechos denunciados, esto es el daño investigado en autos N° P-126.175/15, entiendo que el tribunal de sentencia valoró, para tener por acreditada la autoría de Zuleta en el hecho: (i) la declaración de Nilda Díaz; (ii) la similitud del número de patente informado por ésta respecto del vehículo en el que se desplazaba el autor de los disparos con el de un vehículo de titularidad registral del hermano del acusado (fs. 1530 vta.); (iii) la similitud de las vainas halladas en el lugar del hecho, con las secuestradas en el suceso investigado en autos N° P133.272/15 de

fecha 13 de diciembre de 2.015; (iv) el motivo que habría llevado a Zuleta a cometer este hecho y el temor constatado en las personas que prestaron testimonial en esta causa.

Respecto a las contradicciones asignadas a las manifestaciones de Nilda Díaz en referencia a sus propias declaraciones y a los dichos de su nieta Milagros Galarce, entiendo que al momento de prestar testimonial en audiencia de debate aquéllas quedaron despejadas.

En efecto, de la reproducción del registro audiovisual se advierte que explica cómo es que vinculó al imputado con el hecho ocurrido el 23 de noviembre de 2.015. Así, señaló un hecho precedente no denunciado y el móvil referido a que su hijo Marcos Domínguez había salido con la ex pareja de Zuleta – Mariela Tapia– (ver registro audiovisual de fecha 1 de marzo de 2019, a partir del minuto 26). Contrariamente a lo que señala el recurrente, entiendo que el móvil asignado a Zuleta para llevar a cabo el hecho se encuentra suficientemente acreditado.

En ese sentido pongo de resalto que al prestar testimonial en audiencia de debate, Marcos Domínguez señaló que había salido dos veces con Mariela (ver registro audiovisual del día 1 de marzo de 2019, a partir del minuto 15:09). Por su parte, Darío Zuleta al ser preguntado por sus datos personales dijo que Mariela Tapia era su pareja (registro audiovisual de la audiencia del día 7 de febrero de 2019, minuto 11:19).

En ese sentido es que el tribunal de sentencia, sin dejar de tener en cuenta lo declarado por Milagros Galarce (fs. 1531), valoró que conocieron la imagen del imputado a través de fotos de la red social Facebook. Al momento de establecerse la autoría del imputado en esta causa conectaron las declaraciones referidas, con las constancias de las causas que también se le atribuyen por los hechos de fecha 13 de diciembre de 2.015, 9 de enero de 2.016 y 20 de febrero de 2.016.

En relación a los hechos ocurridos en la estación de servicio YPF –Red Mercosur– (autos N° P 133.272/15) y en el centro comercial La Barraca (autos N° P 17.236/16), el tribunal valoró que los autores de aquellos hechos, además de materializar una similar modalidad delictiva, utilizaron la misma arma de fuego.

La similitud en el modo de accionar se encontró en: el robo de cajeros automáticos; la utilización de elementos para sujetarlo y sacarlo de su lugar; el traslado a bordo de vehículos sustraídos; y, la participación de varias personas cometiendo el delito munidos de armas de fuego. Por último, conectaron al daño investigado en autos N° P-126.175/15 con el hecho ocurrido el 9 de enero de 2.016 (autos N° P-1.917/16), y cuya víctima resulta ser Carla Domínguez, hermana de Marcos Domínguez e hija de Nilda Díaz. Al denunciar, aquélla sindicó a Darío Zuleta como autor de los disparos a la camioneta en la que circulaba –hecho ocurrido en las proximidades del domicilio de su madre–.

Luego, al prestar declaración en el debate, explicó que con posterioridad al hecho y al relacionar a éste con los sucesos producidos contra la vivienda de su madre, como también que momentos previos había llevado en la camioneta a Mariela Tapia -ex pareja de Zuleta-, le mostraron fotos del imputado y lo reconoció. En este sentido advierto que en el debate refirió haber visto la cara del sujeto que sacaba el arma, que le mostraron fotos y era esa persona y que el día del debate lo vio afuera (ver registro audiovisual de la audiencia de fecha 1 de marzo de 2019, a partir de la hora 01:15:06).

Así establecida la relación entre los medios de prueba señalados que conectan las cuatro causas investigadas, y atribuidas a Darío Zuleta, concuerdo con la afirmación del Procurador General en el sentido que el cuadro cargoso indiciario se completa con las conclusiones obtenidas del secuestro de los teléfonos celulares que tenía en su poder Zuleta al ser aprehendido.

En este sentido y, en relación a uno de los celulares secuestrados el 10 de marzo de 2.016 –Samsung Galaxy S4 mini–, con número de abonado telefónico 0261-156067093 de Telecom Personal y número de IMEI 358058054908790, se estableció que realizó los mismos movimientos que el abonado número 0261-

154995708; inclusive se verificó que ambos números de abonados se trasladaron de Mendoza a Buenos Aires el 16 de febrero de 2.016 con el mismo trayecto.

A su vez, regresaron el 19 de febrero en la tarde y se trasladaron nuevamente a Buenos Aires el 20 de febrero de 2.016 en horas de la mañana. Así, resulta válida la conclusión de que el número telefónico terminado en 5708 tenía otro chip usado por Zuleta para participar en el hecho investigado. De este modo, entiendo que resulta válida y razonable la conclusión relativa a que ambos números eran utilizados a la fecha del hecho por Darío Zuleta (ver fs. 1527)

Ahora bien, de la compulsa remitida por la Fiscalía Federal N° 2 en autos N° 3.515/16 se desprende que el abonado número 0261-154995708 mantuvo conversaciones telefónicas con Carlos Fernández Rosales (condenado en autos N° P-17.236/16) en la noche del 19 de febrero de 2.016 y madrugada del 20 de febrero de 2.016. En tanto que requeridos informes a Telecom Personal sobre las llamadas entrantes y salientes del abonado cuyo número termina en 5708 se obtuvo como resultado que se comunicó en numerosas oportunidades con el abonado terminado en 8830 -que también se comunicó con Fernández Rosales en los horarios indicados en que se realizaba el hecho (fs. 1527)- y que el teléfono celular fue captado a la hora y en la zona del lugar de La Barraca, donde se producía el hecho.

Conforme a lo expuesto, considero que la interpretación de los elementos probatorios de cada una de las causas converge en sindicar a Darío Zuleta en la intervención de los hechos que se le atribuyen, sin que existan buenas razones para escindir el tratamiento de cada causa y los elementos de convicción de cada una de ellas.

Por otra parte, debe señalarse que la crítica esgrimida por el recurrente en torno a que la fundamentación de la sentencia se basa en la interpretación de indicios, los que a criterio de la defensa no resultan unívocos sino anfibológicos e insuficientes para motivar la sentencia condenatoria.

Sobre el tema del **valor probatorio de los elementos indiciarios**, tuve oportunidad de pronunciarme al señalar que resulta jurídicamente válido un pronunciamiento jurisdiccional resulte cuando se sustenta en indicios (ver al respecto, **«Ortiz Morel»**).

Esta posición es coincidente con la sostenida reiteradamente por esta Sala, cuando ha afirmado que no procede la crítica relativa a una sentencia que se funda en indicios -y no en pruebas directas-, desde que «[...] el principio de la unidad de la prueba -íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica racional contenido en el art. 206 C.P.P.-, impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (conf. L.S. 381-233; 382-107 y, 388- 219). En el mismo sentido, se ha referido que «[!] la declaración de certeza sobre la participación del imputado puede basarse no sólo en pruebas directas sino también en elementos de convicción indirecta, entre los cuales se destacan los indicios, los cuales son las pruebas indirectas por excelencia» (ver al respecto, **«Gallo Melendre»**).

En relación a las exigencias requeridas para que las conclusiones de una sentencia resulten válidas si se basan en indicios éstos deben ser plurales, graves, concurrentes y concordantes y, además, las inferencias que de ellos se desprendan deben dirigirse al mismo resultado; ello, de modo tal que en valorados conjuntamente merezcan crédito y lleven al juzgador al convencimiento sobre el hecho investigado.

Tal es lo que ha ocurrido en las causas investigadas y atribuidas a Zuleta, en las que – como señalé– la escisión y análisis por separado de cada una de ellas no permite apreciar el valor integral de los indicios que, a mi criterio, logran fundar satisfactoriamente la sentencia condenatoria que aquí se recurre.

En atención a lo expuesto considero que la impugnación formulada resulta una discrepancia personal del recurrente en relación al criterio de valoración expuesto en el fallo, que no resulta suficiente para tachar al pronunciamiento de arbitrario ni carente de fundamentación.

Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General corresponde rechazar el recurso casatorio promovido. ASÍ VOTO .

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTION, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de casación promovido por la defensa de Darío Emiliano Zuleta Sosa.
2. Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
3. Tengase presente la reserva federal efectuada.
4. Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

45- SILES. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI	-	AFA	PCE	-	-	CO	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcSiles.pdf

Lex: Art. 164, 55, 166 inc. 2°, 2° párrafo, 149 bis, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Robo simple. Robo agravado. Arma de fuego apta. Concurso real. Amenazas simples. Valoración de la prueba. Determinación de la pena.

Summa:

El TPC condenó a:

a-Siles a la pena de **diez años de prisión** como autor del delito de robo simple en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (artículos 164, 55, 166 inc. 2°, segundo párrafo del CP).

b-Reales a la pena de **doce años de prisión** como autor del delito de robo simple en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (artículos 164, 55, 166 inc. 2° segundo párrafo del CP) amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo del CP) y robo simple (art. 164 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Siles y Reinoso. **Resolución cuestionada:** *Sentencia N° 355, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Licencia) . Adaro.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04758029-8/1((018602-58611)) FC/ SILES VARGAS KEVIN JOSUE Y REINOSO REALES JESUS IVAN P/ ROBO SIMPLE EN C/R CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO (58611) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104835755*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04758029-8/1 caratulada "FC/ SILES VARGAS KEVIN JOSUÉ Y REINOSO REALES JESÚS IVÁN POR ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Kevin Josué Siles Vargas y de Jesús Iván Reales Reinoso o Jesús Ivan Reinoso Reales interpone recurso de casación (fs. 456/467 vta.) contra la Sentencia N° 355 (fs. 428/429).

En ella se condenó al primero de los nombrados a la pena de diez años de prisión como autor del delito de robo simple en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (artículos 164, 55, 166 inc. 2°, segundo párrafo del CP). A su vez se condenó al segundo de los nombrados a la pena de doce años de prisión como autor del delito de robo simple en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (artículos 164, 55, 166 inc. 2° segundo párrafo del CP) que se le atribuye en la causa N° P- 58.611/18; amenazas simples (art. 149 bis, primer párrafo del CP) que se le atribuye en la causa N° P- 49.341/18 y robo simple (art. 164 del CP) que se le atribuye en la causa P- 48.942/18; el fallo fue pronunciado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Los hechos que dieron origen a las presentes actuaciones según requerimiento de citación a juicio y que el a quo tuvo por acreditados dan cuenta que «el 20 de julio de 2018, aproximadamente a las 20:30 horas, Kevin Ferreira Donaire o Kevin Josué Siles Vargas y Jesús Iván Reinoso Reale o Jesús Iván Reales Reinoso, previo forzar la cerradura del portón del complejo de departamentos ubicado en la calle Pueyrredón N° 377 de Dorrego Guaymallén, ingresaron al mismo.

Luego, forzaron a la altura de la cerradura la puerta del departamento 4° A, ingresaron al mismo y se apoderaron de un televisor marca Hyundai de 49 pulgadas y control remoto, para posteriormente abandonar la vivienda de propiedad de José Antonio Mondaca Domínguez. Seguidamente los imputados dañaron la cerradura de la puerta de ingreso del departamento 5B y una vez en el interior golpearon a Andrea Cecilia Peralta Quevedo e hicieron que ésta se acostara en la cama de la habitación, lugar donde se encontraba Romina Andrea Silva Ríos y las cubrieron con un cubrecamas. Posteriormente, los sindicados amenazaron con un arma de fuego marca Bersa Modelo Thunder, N° fabril 32552, cuya tenencia pertenece a Andrea Cecilia Peralta Quevedo y la cual fue tomada del interior de la vivienda. Luego de cual les sustrajeron varios bienes [.....] que luego cargaron en un auto marca Renault Clio

dominio KSC 481, propiedad de Romina Andrea Silva Ríos y que contenía en su interior un chaleco antibalas oscuro, una mochila de Fiat color negro, una chaquetilla del uniforme de policía, una campera turquesa, una campera negra, una campera azul, documentación del vehículo, y tarjetas de crédito y debito, un celular marca Motorola modelo G55, y dos juegos de llaves, junto con el televisor que habían sustraído del departamento 4° A, dándose a la fuga del lugar, uno de ellos conduciendo el vehículo marca Renault Clio y otro a bordo de una moto marca Zanella, modelo RX25, dominio 941 IXO». Estos hechos descritos fueron calificados como robo simple en concurso real con robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (artículos 164, 55, 166 inc. 2°, segundo párrafo del CP.) Para así decidir el tribunal contó con la declaración testimonial de Romina Andrea Silva Ríos y de Andrea Cecilia Peralta Quevedo, el acta de procedimiento de fs. 1 y 6, el croquis ilustrativo de fs. 2, las fotografías de elementos secuestrados en el lugar de levantamiento de la moto de fs. 16 y 17, entre otros.

2.- Recurso de casación

El reclamo casatorio se articula en función del art. 474 inc. 2° del CPP, por entender que la sentencia puesta en crisis resulta nula en los términos del art. 416 inc. 4° del CPP. La defensa expresa que la sentencia exhibe una insuficiente motivación y falta de congruencia entre acusación y sentencia que provocan su descalificación. Aduce que la prueba rendida no respalda válidamente la condena impuesta a sus asistidos y ello resulta evidente cuando los testigos han incurrido en contradicciones. En particular, objeta el testimonio de Romina Andrea Silva Ríos y de Andrea Cecilia Peralta Quevedo (fs. 461 vta.). Considera que conforme las constancias de la causa, no se acreditó la sustracción del arma, ni que la misma haya sido mostrada con el propósito de amedrentar a las víctimas.

Finalmente destaca que no debe perderse de vista que las víctimas pertenecen a la fuerza policial «lo que da un cierto grado de instrucción que puede haber gravitado, en intentar agravar la situación de nuestros asistidos» (fs. 462).

Cuestiona el monto de la pena impuesta a Kevin Josué Siles Vargas y considera que la misma es arbitraria desde que se aleja casi cinco años del mínimo legal fijado y respecto de Iván Jesús Reale Reinoso, cuestiona la pena de diez años por un único hecho que se le atribuye. Formula reserva federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado.

Aclara previamente que la casación no tiene como objeto transformarse en medio de revisión de los argumentos sentenciales que no conforman la opinión de la defensa. A su vez entiende que no existe duda acerca de que los imputados blandieron el arma y que la utilizaron para amedrentar a las víctimas. Considera que tal circunstancia se encuentra acreditada con el testimonio de Romina Silva y de Andrea Peralta.

Asimismo, propone el rechazo del agravio relativo a la determinación judicial de la pena, en tanto considera que la sentencia se encuentra debidamente motivada conforme los injustos y la culpabilidad de cada uno de los imputados.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

El recurso de casación interpuesto gira en torno a dos cuestionamientos.

Por un lado la motivación de la sentencia en relación a la existencia material del hecho, su calificación y la autoría de los encartados en el mismo.

Por el otro, la crítica a la pena impuesta a los encartados.

En relación a los vicios alegados, entiendo que la motivación del fallo cuestionado es suficiente para mantener el dictum como **acto jurisdiccional válido**, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

Ello por cuanto el a quo ha sustentado su decisión en las pruebas rendidas, que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar.

En concreto, la defensa pretende que se admita como cierto que sus defendidos no utilizaron el arma de fuego reglamentaria para intimidar a las víctimas y, para sostener su agravio, cuestiona los testimonios de las víctimas Romina Silva y Andrea Peralta, a los que califica de contradictorios, pero no aporta prueba objetiva que su sustente su reclamo.

En efecto, según surge de la sentencia puesta en crisis, el juzgador analizó las declaraciones de las víctimas Romina Andrea Silva y Andrea Peralta y, a criterio del a quo, ambos testimonios resultaron concordantes en cuanto a la modalidad del hecho, el horario, la dinámica y la intervención de cada uno de los coimputados en el interior del departamento y también el modo en que se dieron a la fuga con las cosas sustraídas.

Estos testimonios concordantes en líneas generales, permitieron reconstruir la dinámica y la actuación de Siles Vargas y de Reinoso Reale en el hecho investigado. Así, durante el debate, Andrea Peralta, oficial de policía y víctima de autos, manifestó que los sujetos les reclamaron dinero, mientras les pedían que se taparan con una sábana.

Narró además que los sujetos movían las cosas de un lugar a otro y, que como había dejado su arma reglamentaria en el respaldo de una silla, uno de ellos al encontrarla, advirtió que las víctimas eran oficiales de policía.

En ese momento se acercó a ellas Reinoso Reale, cargó el arma y comenzó a manipularla. Agregó asimismo que el que estaba en el comedor, esto es el coimputado Siles Vargas, se encontraba más alterado y le gritaba a Reinoso Reale que les disparara.

A su vez, el que estaba en el dormitorio estaba más tranquilo y colocó el arma en su muslo sintiendo la presión de ella (registro audiovisual 20:07; 23:09; 23:16).

Durante la audiencia oral, también prestó declaración Romina Andrea Silva Ríos, quién manifestó de manera concordante con Peralta, que los sujetos que ingresaron les decían que las iban a matar y, que al encontrar el arma, preguntaron quién era policía.

Agregó que Siles a los gritos le decía a Reinoso Reale que disparara porque sino los iban a matar. Reiteró que el sujeto morocho –por Reales Reinoso– puso su rodilla en el muslo de Peralta y luego colocó el arma a la altura del pecho diciéndole que si disparaba, ella sabía cuál era el recorrido de la bala.

Para el juzgador estos testimonios analizados resultaron concordantes y se complementaron con las declaraciones prestadas durante la investigación penal preparatoria (fs. 41 y vta.; fs. 36/37). De la valoración de todos estos elementos probatorios cargos llevada a cabo por el juzgador, encuentro debidamente acreditada la plataforma fáctica, como también la intervención que le cupo a cada uno de los coimputados.

Por ello, según lo entiendo, la **crítica casatoria resulta insuficiente para demostrar las pretendidas contradicciones en las declaraciones testimoniales**. Más bien el agravio se construye a través del **fraccionamiento de los testimonios** intentando reducir el valor convictivo de los mismos en relación a lo nuclear del hecho narrado, sin lograr conmovir la validez de la motivación del fallo atacado.

Destaco que las partes celebraron un acuerdo probatorio en el que la defensa **aceptó la participación y materialidad del hecho** (recurso, fs. 461 y vta.).

Ahora bien, al momento de formular los alegatos la defensa (registro audiovisual 01:41) mantuvo las **diferencias respecto de la utilización del arma por parte de sus asistidos para amedrentar a las víctimas**.

Dicho cuanto precede encuentro que la defensa parte de una visión fragmentada del cuadro probatorio y pretende una completa revisión de la prueba, sin aportar argumentos que desvirtúen la sentencia como acto jurisdiccional válido.

Claramente la estrategia defensiva se limita a reiterar su posición frente al cuadro probatorio e indiciario discutido en la instancia del debate oral, sin brindar argumentos que logren rebatir adecuadamente el razonamiento que sobre el particular realizó el a quo. En tal sentido ver registro audiovisual, en particular registro 1:15:45 y específicamente a partir de 1:18:58 en lo relativo a la calificación legal.

En definitiva el a quo se basó en pruebas rendidas con control de la defensa, que valoró de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la defensa no ha logrado demostrar.

A idéntica conclusión arribo en relación a los vicios vinculados a la **fundamentación de la pena** impuesta a Siles Vargas y a Reinoso Reale.

En primer lugar, debe señalarse que el a quo luego de exponer los límites mínimos y máximos asignados por la ley para el hecho atribuido, esto es 6 años y 8 meses de prisión a 28 años de prisión respecto de Siles Vargas, señaló respecto del nombrado que se trataba de un individuo con plena capacidad, adulto con edad suficiente para comprender plenamente el hecho y su gravedad.

Destacó además que Siles registraba dos condenas anteriores por lo que entendió fracasado el fin resocializador de la pena. A su vez, tuvo en cuenta el calibre del arma empleada, lo que importó en el caso concreto un mayor peligro para las víctimas.

En cuanto a Reale Reinoso el juzgador sostuvo que en el caso concreto, la escala penal en abstracto por aplicación de las reglas del concurso tiene un mínimo de 6 años y 8 meses y un máximo de 26 años de prisión y consideró las nueve condenas anteriores, que demuestran a criterio del sentenciante, el fracaso del fin resocializador de la pena.

Resaltó luego la gravedad del delito, como también la utilización de un arma de gran calibre, considerada de guerra e impuso la pena de diez años de prisión.

Ahora bien, advierto que el juez ha ofrecido razones suficientes para arribar al quantum de penalidad aplicado, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 40 y 41 del CP

En conclusión considero que la **fundamentación de la pena** impuesta a Siles Vargas y a Reinoso Reale, cumple con las exigencias legales que la legitiman, ha sido en cumplimiento de las exigencias legales que la legitiman, a lo que agrego que la defensa formula una serie de apreciaciones, sin demostrar en el caso concreto la razón de sus afirmaciones, tales como que «las reformas han sido partes del fracaso de sancionar delitos con penas mayores con la esperanza de prevenirlos» (recurso, fs. 441), «la sentencia en su integridad es arbitraria y en el caso no se han respetado las pautas moderadoras establecidas en los artículos 40 y 41 del CP, la pena debió ser sensiblemente inferior» (recurso, fs. 442). Por tales razones y opinión parcialmente concordante del señor Procurador General, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación articulado ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Kevin Josué Siles Vargas y de Jesús Iván Reales Reinoso o Jesús Ivan Reinoso Raeales
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva de caso federal formulado.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

46- CESPED. 20-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	EGT	A	-	CR	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcCesped.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto, 55, 164 , 162 y 42 del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia. Robo simple. Tentativa. Concurso real. Hurto simple.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo simple en grado de tentativa (dos hechos) (arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 55, 164 y 42 del Código Penal), y de hurto simple en grado de tentativa (arts. 162 y 42 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La SCJM resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 450, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04793448-0/1((018602-67338)) FC/ CESPED CARRIZO EDGARDO MARCELO P/ ROBO AGRAVADO (67338) (62729) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104872954*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04793448-0/1, caratulada "F. C/ CESPED CARRIZO, EDGARDO MARCELO P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Edgardo Marcelo Cespced Carrizo interpone recurso de casación (fs. 284/291), contra la Sentencia N° 450 (fs. 272 y vta.) y sus fundamentos (fs. 273/278), mediante la cual se lo condenó a la pena de siete años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo simple en grado de tentativa (dos hechos) (arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 55, 164 y 42 del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-67.338/18 y de hurto simple en grado de tentativa (arts. 162 y 42 del CP), que se le atribuye en la causa N° P-62.729/16.

El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «[...] el día 20 de agosto de 2018, entre las 11.30 y 12.00 horas, aproximadamente, Florencia Lucía Ruiz Vesentini, se encontraba trabajando en el negocio "Pan y Vino" en calle Manuel García y Tiburcio Benegas de Godoy Cruz, cuando ingresó Edgardo Marcelo Cespced Carrizo, exhibiéndole un cuchillo y sustrayendo un celular marca Huawei, que se encontraba en la parte de abajo de la cigarrera del lugar, dándose a la fuga por Tiburcio Benegas hacia el oeste. Posteriormente, siendo aproximadamente las 12.10 horas de ese día, Mónica Rosana Paredes Barrionuevo, cuando estaba por ingresar a su domicilio ubicado en calle Córdoba 612 de Godoy Cruz, fue abordada por Edgardo Marcelo Cespced Carrizo, quien la tomó de los pelos manifestándole "dame el celular". Ante esta situación, los hijos menores de la Sra. Paredes llegaron a la escena con el fin de ayudarla, por lo que comenzaron a golpear al incuso para que la soltara.

A raíz de esos golpes es que el sujeto soltó a la víctima y salió corriendo del domicilio con dirección hacia la calle José Ingenieros hacia el norte». Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de Florencia Lucía Ruiz Vesentini, Mónica Rosana Paredes, Juan Ramón Ruiz, Marina Cynthia Sillero Paredes, Adrián Quiroga, Eliana Noemí Rodas y Nahuel Matías Torrente y las actas de procedimiento (fs. 4, 17/18) y de secuestro (fs. 23/24).

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 1 del CPP. Considera que existió una inobservancia de la ley sustantiva, que afectó el **principio de legalidad**, al dictarse una sentencia condenatoria contra Cespced Carrizo.

Según su entender, de las pruebas incorporadas y de las testimoniales brindadas durante la audiencia de debate, se desprende que el hecho atribuido en la causa N° P-67.338/18 no se encuentra inmerso en la calificación dada por el Tribunal -robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo simple en grado de tentativa-, sino en el delito de robo simple en concurso real con robo simple en grado de tentativa, dada la duda respecto a si Cesped Carrizo blandió un cuchillo o simplemente lo robó. Solicita una pena de 8 meses de prisión en efectivo. Al respecto, estima que esa versión resulta acorde no sólo con los relatos de Marina Silleros y de Eliana Rodas, sino también con el acta de secuestro de donde se desprende la existencia de dos cuchillos en cuestión.

Argumenta que la acusación fiscal dio un giro radical a raíz de las declaraciones vertidas durante la audiencia de debate de Marina Sillero (hija de la víctima del segundo hecho), de Eliana Rodas (personal policial) y del imputado. Entiende que el testimonio de Florencia Lucía Ruiz (víctima del primer hecho) presentó contradicción con el relato de Marina Sillero, quien explicó que días posteriores al hecho Florencia le contó lo ocurrido, omitiendo en su relato que el imputado utilizó un cuchillo para perpetrarlo. Además, manifiesta que Florencia Ruiz negó haber conversado en algún momento con Marina.

Sostiene que tiene mayor coherencia y contundencia, como prueba testimonial, el relato de Marina Sillero y explica las razones por los que considera que Florencia Ruiz tendría motivos para mentir y para exagerar la situación.

Asimismo, la recurrente critica que el sentenciante priorizara el testimonio de Florencia Ruiz por sobre el de la funcionaria policial, Eliana Rodas.

A su entender, ésta última no tendría motivo para mentir. Considera que resulta importante analizar la declaración del imputado, quien reconoció haber sustraído el teléfono celular, pero negó haber usado un cuchillo. Al respecto, estima que este relato coincide con el de la testigo Marina Sillero, quien explicó que Florencia le contó que al darse vuelta el imputado le sacó el celular.

Agrega que según el relato de la testigo Sillero el imputado habría tomado el celular en un descuido de Florencia.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso no resulta sustancialmente procedente, debiendo confirmarse la validez de la sentencia impugnada.

Entiende que los hechos bajo análisis han sido **correctamente calificados** por el a quo como robo agravado por el uso de arma en concurso real con robo simple en grado de tentativa.

Argumenta que no puede tener acogida la pretensión de la defensa, por cuanto entiende que ha quedado suficientemente demostrado por la prueba colectada que el justiciable **utilizó un arma blanca (cuchillo) para amedrentar a la víctima.**

En síntesis, entiende que la discrepancia puesta de manifiesto por la defensa, basada en supuestas contradicciones de los testigos, con la finalidad de beneficiar la situación de su pupilo, resulta insuficiente para sustentar el cambio de calificación legal propuesto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar.

Ello en tanto, y luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, así como el recurso interpuesto, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por la recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

De tal manera, estimo que la crítica esgrimida es una discrepancia con el modo y la posición adoptada por el sentenciante, ya que la recurrente no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre. Surge del planteo casatorio que, el eje central de la impugnación radica en cuestionar la calificación jurídica dada por el sentenciante.

Si bien ello ha sido planteado de ese modo, lo cierto es que la recurrente pretende demostrar que de acuerdo a las pruebas incorporadas y a las declaraciones testimoniales brindadas durante el debate, la correcta calificación jurídica atribuida al imputado, en la causa N° P-67.338/18, sería la de robo simple en concurso real con robo simple en grado de tentativa, al presentarse un estado de duda insuperable en cuanto a si Cesped Carrizo blandió el cuchillo o simplemente lo robo.

En otras palabras, la recurrente plantea una diversa valoración de los elementos de prueba con la consecuente derivación en la calificación de los hechos.

Ahora bien, del repaso de los fundamentos de la resolución cuestionada, se advierte que el tribunal de juicio sustentó su decisión en el análisis contextualizado de las pruebas rendidas en la causa, las que ponderó de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la recurrente no ha podido demostrar.

En efecto, surge de los fundamentos que el sentenciante consideró, en cuanto a la declaración de Florencia Ruíz, que «[e]s muy clara la testigo cuando afirma que el imputado saca un cuchillo tipo “Tramontina” para exigirle la entrega del dinero» y que «[e]l cuchillo lo traía consigo el agresor y que le apuntó con ese elemento cortante» (ver fundamentos, fs. 274 vta). En este punto, el planteo recursivo es inadmisibile.

Ello tanto estimo que no hay motivos para considerar falaz el relato de Florencia Ruíz y, mucho menos para dudar que Cesped Carrizo llevaba consigo el cuchillo, tal como lo pretende la recurrente. Se advierte que la verosimilitud del relato de Florencia Ruíz se constató luego de confrontar su contenido con el resto del cuadro probatorio, reforzando de esta manera la hipótesis acusatoria.

Es decir, que su declaración se encuentra corroborada por el acta de secuestro de ambos cuchillos, los que fueron encontrados, uno en el radio de persecución del imputado, y el otro en el domicilio de una de las víctimas, Mónica Paredes.

Asimismo, considero que no tiene recibo la apreciación defensiva al argumentar que debe analizarse la declaración del imputado, en tanto surge de la sentencia recurrida que el a quo no sólo examinó su versión, sino que además consideró que no tenía respaldo en ninguna circunstancia objetiva, y que no hallaba espacio para introducir un margen de duda en el testimonio de Florencia Lucía Ruiz Vesentini, a pesar de sus presuntas debilidades.

Por último, entiendo que los agravios referidos a que el testimonio de Florencia Ruiz presentó contradicción con el relato de Marina Sillero y que el sentenciante priorizó el testimonio de la primera por sobre el de la funcionaria policial Eliana Rodas, no logran debilitar la principal prueba de cargo, esto es la

declaración de la víctima Florencia Ruiz. Por lo que, la pretensión defensiva basada sobre estos argumentos, corresponde ser rechazada.

Es de destacar, que si bien existieron contradicciones en sus relatos, atento a que Florencia Ruiz manifestó no haberle comentado el hecho a Marina Sillero, y por el contrario esta última afirmó que Florencia le comentó lo ocurrido sin especificar el modo; el tribunal de sentencia, en razonamiento que comparto, hizo referencia que tal diferencia no resultaba relevante pues Florencia Ruiz pudo haber olvidado esa conversación.

Asimismo, argumentó que esta última sólo era una empleada del local comercial, por lo que no se percibe que tenga interés en el desenlace de la causa, ni que existan motivos para mentir deliberadamente.

Por último, considero que también debe rechazarse el cuestionamiento vinculado a que el sentenciante priorizó el testimonio de Florencia Ruiz por sobre el de la funcionaria policial Eliana Rodas. Pues el a quo afirmó que esta última actuó como testigo de oídas, y que su declaración presentó yerros que derivaron en conclusiones equivocadas.

De esta manera, queda claro que no sólo es errónea la crítica defensiva, sino que tampoco se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

En síntesis, advierto que la recurrente pretende una nueva revisión de lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por ello los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones propias de la posición que representa en relación a la valoración del material probatorio, **evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal en la fundamentación del fallo, carentes de sustento para invalidarla.**

Por todo lo expuesto, y en opinión coincidente con la vertida por el Sr. Procurador General, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuestos por la defensa de Edgardo Marcelo Cesped Carrizo.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

47- ORTEGA. 20-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AI	PCE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcOrtega.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP.

Vox: Robo agravado. Arma impropia.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **siete años de prisión** como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca (art. 166 inc. 2° del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP). Cuestiona la utilización de un cuchillo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Franco Eber Ortega.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 2168, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.*

Parágrafo destacado

“...Es decir, de acuerdo al contexto del hecho delictivo investigado, la **valoración del testimonio de la víctima acredita la utilización del cuchillo en el desapoderamiento**, pues tengo en cuenta que la víctima fue persistente desde el comienzo de la investigación al sostener la existencia del arma, por otro lado no existen razones para descreer de su testimonio, ni se advirtió animosidad respecto del imputado Ortega, y finalmente destaco en especial que el comportamiento posterior de Aracena se corresponde con el desapoderamiento violento del que resultó víctima.”

Precedentes relacionados

- Ver precedentes relacionados consignados en el fallo f c/ CABIUDO (20-12-19).

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04767065-3/1((018502-59605)) FC/ ORTEGA FRANCO EBER P/ ROBO AGRAVADO (59605) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104845303*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04767065-3/1 caratulada “FC/ ORTEGA, FRANCO EBER POR ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Franco Eber Ortega interpone recurso de casación (fs. 54/62 del legajo P59605/18) contra la Sentencia N° 2168 (fs. 97/100 – expte. principal P-59605/18) que lo condenó a la pena de siete años de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma blanca (art. 166 inc. 2° del CP), fallo pronunciado por el Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

Según audiencia de acusación se atribuye al imputado que el 25 de julio de 2018 aproximadamente a las 19:30 horas en calle Belgrano y Colón de Guaymallén, en el interior del taxi aditamento 1067, marca Renault Logan, dominio KYA-209, un sujeto no individualizado ni habido que se encontraba sentado en el asiento delantero al lado del acompañante, le exhibió al conductor Manuel Alejandro Aracena Rojo un cuchillo con mango de madera de unos diez centímetros de largo con una hoja fina de treinta centímetros de largo y le sustrajo la billetera del bolsillo del pantalón, y se la entregó a Ortega que estaba sentado en el asiento trasero; en esas circunstancias, el sujeto no individualizado intentó sustraer la radio del taxi y ante pedido de la víctima de que no le hicieran daño, le arrojó un golpe con el cuchillo no logrando impactarlo.

Ante ello, la víctima salió del taxi y el sujeto no individualizado se dio a la fuga, llevándose la cantidad aproximada de mil doscientos pesos en efectivo que había sacado de la billetera, mientras Ortega, al no poder salir del vehículo por estar trabadas las puertas traseras, intentó romper los vidrios y como no pudo lograr su objetivo, se pasó al asiento delantero y salió por una de las puertas, siendo finalmente aprehendido.

El representante del Ministerio Público Fiscal calificó los hechos como robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2° primer párrafo del CP).

Para así decidir el tribunal valoró la declaración testimonial de la víctima Manuel Alejandro Aracena, de Milagros Pérez Aranguéz, de Marcelo Salinas, de Fernando Castro, entre otras, el acta de procedimiento de fs. 1 y vta entre otros.

2.- Recurso de casación

El recurso se interpone al amparo del art. 474 incisos 1 y 2 del CPP.

El defensor cuestiona la conclusión de la jueza de grado respecto de la utilización del arma blanca para perpetrar el robo, entiende que de los dichos del imputado Ortega como de las víctimas no puede concluirse válidamente que se utilizó un cuchillo en el desapoderamiento de la víctima, además agrega que los testigos que acudieron a la audiencia oral manifestaron no haber visto a algunos de los dos sujetos con un arma blanca en la mano (recurso, 57).

Entiende que no existe elemento probatorio que sustente la versión de la víctima Aracena respecto de la existencia del arma y por ello según su perspectiva la sentencia resulta arbitraria por carecer de apoyo probatorio.

Considera que se han violado las reglas de la sana crítica racional y en consecuencia insta que conforme la prueba producida el imputado sea condenado como autor del delito de robo simple.

3.- Dictamen del Procurador General

A fs. 83/84 vta. el Procurador contesta la vista de ley y aconseja el rechazo del remedio intentado. Ello es así en tanto considera que la existencia del arma ha quedado debidamente acreditado con el testimonio de Manuel Aracena, sin que exista prueba objetiva que permita afirmar que el denunciante ha mentido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Por diversos motivos considero que el recurso de casación formulado por la defensa del acusado no puede prosperar. Paso a explicarlo.

De manera inicial entiendo que la motivación de la sentencia es suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En efecto, del análisis del soporte audio visual acompañado en el que constan los alegatos de las partes demuestra que todos los puntos de crítica invocados por el recurrente ya fueron tratados en la audiencia de debate y son reeditados en esta instancia sin otros argumentos que pongan en duda la solución propiciada por el tribunal a quo.

En particular, la defensa particular de Ortega hizo referencia a la ausencia o insuficiencia de prueba como para sostener válidamente la existencia del cuchillo (registro audiovisual 00:13:20; registro audiovisual 00:12:25); que los testigos presenciales Salinas, Elsa Pérez y Fernando Castro no vieron el cuchillo (registro audiovisual 00:11:42; registro audiovisual 00:10:09).

A fin de demostrar la estrategia asumida por la defensa a continuación destacaré los fundamentos del tribunal –y otros aspectos de la causa– que refutan cada una de las premisas de la defensa.

El primer punto de agravio, mediante el que cual se indica que la sentencia cuestionada resulta arbitraria puesto que ha sido **insuficiente el material probatorio para tener por acreditada la existencia del cuchillo** en la sustracción de la que resultó víctima Aracena.

En efecto, el tribunal de sentencia valoró diversos elementos probatorios, entre los que se destacan el testimonio de la víctima Manuel Aracena que relató que Ortega junto a otro sujeto que se dio a la fuga, le sustrajeron sus pertenencias, del interior del taxi, que el sujeto que estaba sentado en la parte delantera sentado al lado del conductor sacó un cuchillo y le dijo que «era un asalto» mientras que Ortega -que iba sentado en la parte trasera- le sacó la billetera, que al disminuir la marcha el sujeto que iba en la parte

delantera abrió la puerta y se dio a la fuga, y que Ortega no pudo hacerlo porque trabó las puertas del taxi y Ortega fue posteriormente aprehendido por Aracena con la ayuda de Salinas.

Según la jueza, el testigo pudo describir el cuchillo empleado por el sujeto que se dio a la fuga.

Como puede observarse, el tribunal no sólo tuvo en miras la prueba señalada por la defensa, sino que expresó de manera clara en qué medida tenía fuerza convictivo.

Este testimonio fue decisivo para el juzgador y fue calificado como claro, coherente, sin fisuras y concordante con el restante material probatorio.

En este orden, la jueza consideró que el testimonio de Aracena se mantuvo inalterable desde el comienzo de la investigación, e incluso en el debate oral. Reforzó el peso convictivo de la declaración de la víctima con el acta de procedimiento de fs. 1 y acta de denuncia de fs. 7, que en este sentido dan cuenta que «el sujeto que estaba al lado del conductor sacó un cuchillo» indicando además las características del mismo, cuestiones que Aracena volvió a reiterar al formular la denuncia (fs. 7). Descartó asimismo animosidad por parte del denunciante.

Es decir, de acuerdo al contexto del hecho delictivo investigado, **la valoración del testimonio de la víctima acredita la utilización del cuchillo en el desapoderamiento**, pues tengo en cuenta que la víctima fue persistente desde el comienzo de la investigación al sostener la existencia del arma, por otro lado no existen razones para descreer de su testimonio, ni se advirtió animosidad respecto del imputado Ortega, y finalmente destaco en especial que el comportamiento posterior de Aracena se corresponde con el desapoderamiento violento del que resultó víctima.

Dicho de otro modo, en el contexto en el que se insertó el hecho delictivo determina el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio y, es conforme a las consideraciones previamente arrojadas que entiendo que ha quedado debidamente acreditada la existencia del arma, con el testimonio de Aracena.

Contra estas razones, la defensa no ha otorgado mayores argumentos para explicar de qué manera el tribunal ha obviado información sensible presente en dicho elemento probatorio, o de qué modo explicaba una hipótesis distinta de la acusatoria, capaz de generar un estado de duda favorable al acusado. Por estos motivos, debe rechazarse el punto de agravio.

En conclusión, como se ha demostrado, la sentencia criticada no contiene vicios de fundamentación capaces de convertirla en un acto jurisdiccional inválido.

Cada uno de los agravios invocados por la parte recurrente redundan en la reedición de los alegatos que ya había ensayado en la instancia de debate, que fueron debidamente analizados por el tribunal de juicio y que no pueden explicar de qué modo la sentencia se estructura sobre premisas irracionales. Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta negativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Franco Eber Ortega.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

48- CABIUDO. 20-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	NNA	AI	PCE IA	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191220_FcCGA.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 1° párrafo, 1° supuesto del CP

Vox: Robo agravado. Arma impropia.

Summa:

El TPC condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión e inhabilitación absoluta** por todo el tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2, 1° párrafo, 1° supuesto del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.J.C.G.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 681, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

“Por otra parte, tampoco puede ser acogido el agravio vinculado a que al momento de la aprehensión no fue hallado en poder del acusado el elemento sustraído, ni tampoco en el domicilio donde se realizó el allanamiento con la finalidad de su secuestro. Ello toda vez que la **distancia temporal** entre el hecho acontecido y aquellos eventos permite explicar un posible desprendimiento por parte del acusado del elemento sustraído. En otras palabras, **no se requiere** para la acreditación del hecho atribuido que al momento de la aprehensión los **elementos sustraídos se encuentren en poder del autor o el secuestro de ellos** de su domicilio...”

Precedentes relacionados

Fuente: Compendio 2022. Recopilación de fallos y precedentes de la SCJM. Dra. Marina Martín.

<https://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2023/04/Compendio-2022-Fallos-Penales.pdf>

Robo agravado por el uso de arma impropia.

- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Moyano López. 04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Carmona Rodriguez. 06-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>
- Rodriguez Romero. 27-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=807>
- Espejo Pereira. 12-05-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=823>
- Ruggieri Ruben. 22-06-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=854>
- Lobato Barroso. 19-08-22: : <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=869>

- Fernández Herrera. 12-10-22: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/221012_FcFHS.pdf

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04824045-8/1((018601-72567)) FC/ C. G. A. J. P/ ROBO AGRAVADO (72567) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104905090*

En Mendoza, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04824045-8/1, caratulada "FC/ C. G., A. J. P/ ROBO AGRAVADO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de A.J.C.G. interpone recurso de casación (fs. 314/322 vta.), contra la Sentencia N° 681 (fs. 298) y sus fundamentos (fs. 299/304), mediante la cual se lo condenó a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por todo el tiempo de la condena como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 166 inc. 2, primer párrafo, primer supuesto del Código Penal), que se le atribuye en la causa N° P-72.567/18. El pronunciamiento fue dictado por el Tribunal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por probado que «el día 5 de septiembre de 2018, a las 17:10 horas aproximadamente, en calle ... antes de llegar a la calle ..., el ahora sindicado como A.J.C.G, se acercó a la menor de 17 años, M.V.R.G. y le arrebató un teléfono celular Samsung J7 Neo color negro con funda dorada y vidrio templado, que la víctima sostenía en sus manos, posteriormente intentó sustraerle otras pertenencias. La víctima se resistió, ante esto el autor la golpeó con un hierro de aproximadamente 40 cm en la cabeza, momento en el cual salieron vecinos, por lo que el sindicado se dio a la fuga, siendo aprehendido por personal policial de Comisaría 11°».

Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de M.V.R.G., A.M.M.T., D.F. F.B., E.M.V., C.C.G. y M. L.G., la declaración del imputado A.J.C.G., el acta de denuncia de fs. 1 y vta., el acta de procedimiento de fs. 15/16 vta., el acta de constatación de visu de fs. 23, el informe de la Sección Necropsia y Lesiones del Cuerpo Médico Forense de fs. 35 y las actas de reconocimiento en rueda de personas de fs. 31 y 157.

2.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación sustentada en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP.

Considera que la sentencia no cumple con los requisitos básicos para que la motivación sea adecuada, como por ejemplo, completitud, logicidad y legitimidad en la valoración de las pruebas. Argumenta que el tribunal de juicio tuvo por probado los hechos contenidos en el requerimiento de citación a juicio con la denuncia y con la declaración de la víctima M.V.R.G.durante el debate. También le otorgó relevancia al reconocimiento en rueda de personas efectuada por la denunciante.

Estima que esto no resulta suficiente para destruir el descargo del imputado A.C., quien manifestó que mientras se bañaba la policía se hizo presente en su domicilio en busca de su hermano F.C., y luego,

cuando se dirigía al hospital con su pareja embarazada fue detenido por personal policial. Asimismo, la recurrente afirma que existieron circunstancias que no fueron precisadas por el Tribunal.

Por un lado, que si el imputado fuera el autor del hecho debería haber tenido en su poder, al momento de la aprehensión, el teléfono celular marca Samsung J7 Neo de color negro o haber sido hallado en el allanamiento realizado. Por otro lado, sostiene que D.F.F.B. hizo referencia que los vecinos del lugar señalaron a «F.C.» o a «El C.» como autor del hecho. Por último, referencia que los hermanos C. tienen características morfológicas similares.

Destaca en este sentido que E. V. refirió que ambos hermanos son parecidos, son «morochos y tienen los mismos ojos». También aclaró que el autor llevaba gorrito y un cuello que le permitía ver sus ojos y arriba de la nariz, por lo que considera que la señalización del imputado como autor del hecho fue errónea.

Por lo expuesto, advierte que la motivación del sentenciante adolece de ciertas fallas al concluir, erradamente, que A.J.C.G es el autor del ilícito.

Solicita la nulidad de la sentencia y la absolución del imputado.

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto en lo Penal

El Fiscal Adjunto en lo Penal de Procuración General estima que la defensa pretende una revisión ex novo de lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa.

Considera que tanto la víctima, como A.M.M., **reconocieron en rueda de persona sin hesitación** a A.C., como el autor del hecho, con lo cual sostiene que la reedición del planteo en esta instancia tiende a generar una confusión que ya ello fue dilucidado en el debate.

Por lo expuesto, entiende que debe rechazarse el recurso casatorio, atento a la inexistencia de arbitrariedad en la sentencia recurrida.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacerle lugar. Así, luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado y el recurso promovido, entiendo que el dictum se encuentra suficientemente motivado y que los agravios propuestos por la recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

Ello por cuanto, la crítica esgrimida aparece como una discrepancia con la posición adoptada por el sentenciante, ya que la recurrente no logra demostrar adecuadamente que la motivación de la resolución sea insuficiente o que adolezca de vicios de arbitrariedad, circunstancia que implicaría una falencia capaz de motivar la anulación del pronunciamiento como acto procesal válido.

Esto a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que los defectos de la sentencia, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (conf. LS. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177).

Se puede inferir que el planteo casatorio consiste principalmente en cuestionar la participación de A.J.C.G como autor del hecho investigado. Sin embargo, de los fundamentos de la sentencia cuestionada, se advierte que el sentenciante sustentó su decisión en el análisis de las pruebas rendidas en la causa, las que fueron analizadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento la recurrente no ha podido demostrar.

En efecto, estimo que aquel agravio debe ser rechazado, en tanto surge de la valoración conjunta de las declaraciones vertidas en el debate y de las pruebas incorporadas al juicio, particularmente las actas de procedimiento, de denuncia, y de reconocimiento en rueda de persona, entre otras, que se alcanzó el grado de certeza requerido para el dictado de la sentencia condenatoria, tanto respecto de la existencia del hecho incriminado, como de la autoría del imputado.

Así, surge de los fundamentos que el sentenciante afirmó que A.J.C.G fue reconocido, en la rueda de reconocimiento de personas, de manera categórica como autor del hecho, por la víctima M. V. R.G. y por la testigo A. M. M.T..

Por lo tanto, estimo que no hay motivos para considerar que el autor del hecho había sido F.C., hermano de A.C., tal como lo pretende la recurrente. Asimismo, se advierte que esta afirmación encuentra apoyo en las declaraciones testimoniales ofrecidas por la defensa del imputado, tales como su pareja E.M.V., su hermana C.C.G.y su madre M. de L. G..

Las tres fueron coincidentes al manifestar que A. se encontraba, la tarde del 5 de septiembre de 2018, en la vivienda de su madre, ubicada en el Barrio ..., y que F. no podía ingresar a ese domicilio por una restricción de acercamiento impuesta en razón de la denuncia realizada por la vecina de al lado. De lo expuesto, se puede inferir que F. no fue el autor, en tanto no se encontraba ese día en el domicilio. Considero que no resulta ser un dato menor, el hecho de que la testigo presencial, A.M., también reconociera a A.J.C.G. por los pocitos o granos que tenía en la cara, circunstancia que se encuentra corroborada por el acta de visu realizada al imputado de la que surge que «el sujeto presenta marcas de acné en su rostro» (v. fs. 23).

Por otra parte, tampoco puede ser acogido el agravio vinculado a que al momento de la aprehensión no fue hallado en poder del acusado el elemento sustraído, ni tampoco en el domicilio donde se realizó el allanamiento con la finalidad de su secuestro. Ello toda vez que la **distancia temporal** entre el hecho acontecido y aquellos eventos permite explicar un posible desprendimiento por parte del acusado del elemento sustraído. En otras palabras, no se requiere para la acreditación del hecho atribuido que al momento de la aprehensión los elementos sustraídos se encuentren en poder del autor o el secuestro de ellos de su domicilio.

Por consiguiente, considero que no tiene recibo la apreciación defensiva en cuanto a que el sentenciante no precisó las siguientes circunstancias: a) que el imputado tendría que haber tenido en su poder el teléfono celular sustraído o por lo menos haberlo encontrado en el interior del domicilio; b) que D. F. hizo referencia a que los vecinos del lugar señalaron a F. C. como autor del hecho y, c) que los hermanos C. tenían características morfológicas similares.

En tanto, por lo expuesto anteriormente, surge que F. no fue el autor del hecho, de modo que quien estaba en el interior del domicilio luego de ocurrido el hecho era A..

De esta manera, queda claro que no sólo es errónea la crítica defensiva, sino que tampoco se advierten vicios en el análisis integral de los elementos de prueba valorados por el tribunal de juicio, lo que permite confirmar la validez de la sentencia condenatoria.

Advierto, que la recurrente pretende una nueva revisión de lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa, sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una **mera discrepancia con la labor intelectual** del tribunal en la fundamentación del fallo, carentes del sustento probatorio.

Por todo ello, y en opinión coincidente con la vertida por el señor Fiscal Adjunto en lo Penal, debe contestarse de manera negativa la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSE V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.J.C.G.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

49- CAMPILLAY, CARRIZO FERREYRA y ot. 23-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	AFA	PCE	-	-	CO	-	CI	-	-	-	N	486
														474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191223_FcCampillay.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 2° párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP. Art. 486 del CPP

Vox: Robo agravado. Arma de fuego apta. Concurso ideal. Poblado y banda. Valoración de la prueba. ADN. Nulidad. Nuevo juicio.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **diez años de prisión** por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP)

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 1 y 2 CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Mario Javier **Carrizo Ferreyra**, correspondiendo **anular parcialmente la Sentencia N° 419**, solo con respecto al punto 2) y en tanto condena al nombrado a la pena de diez años de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (art. 166 inc. 2 párrafo segundo, 54, 167 inc. 2 del CP), los fundamentos y el debate en cuanto resulten vinculados a ellos, dictados en el marco de la causa N° P-50.797/17, remitiendo los presentes al TPC a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, y se proceda a la realización de un **nuevo juicio** sólo en relación al imputado Mario Javier **Carrizo Ferreyra**, y en cuanto se le atribuye el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (art. 166 inc. 2 párrafo segundo, 54, 167 inc. 2 del CP) (art. 486 C.P.P.).

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 419, pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04771272-0/1((018602-50797)) FC/ CAMPILLAY NOGUERA ALEXIS GONZALO CARRIZO FERREYRA MARIO JAVIER, TALQUENCA CHISARI EMANUEL SEBASTIAN P/ ROBO AGRAVADO (50797) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104849718*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04771272-0/1, caratulada "F. C/ CARRIZO FERREYRA, MARIO JAVIER P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN POBLADO Y BANDA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSE V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa del imputado Mario Javier Carrizo Ferreyra interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 419 (fs. 1142) y sus fundamentos, en cuanto condena al imputado a la pena de diez años de prisión por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP), pronunciamiento dictado en la causa N° P- 50.797/17 por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[e]l día 13 de junio de 2017, aproximadamente a las 23:30 hs., el imputado Mario Javier Carrizo Ferreyra arribó junto a Emanuel Talquenca Chisari y otro sujeto al local comercial «Belgrano Sandwiches» ubicado en calle Boulongne Sur Mer s/n esquina calle Río Diamante, Las Heras, luego de lo cual Carrizo y Talquenca ingresaron al local comercial exhibiendo armas de fuego, con las cuales redujeron al personal y clientes del lugar, tras lo cual sustrajeron dinero en efectivo y otros bienes. Mientras se cometía el ilícito, la situación era observada por Cesar Duarte, policía de civil que pasaba por el lugar en su vehículo particular, quien procedió a acercarse al escenario de los hechos.

En ese momento, al dar Duarte la voz de «alto policía», se inició un intercambio de disparos entre éste y los autores del hecho, impactando tres disparos en la persona de Duarte, momento que fue aprovechado por los autores para darse a la fuga en posesión de la res furtiva» Para así decidir, el sentenciante valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de César Duarte, el acta de reconocimiento en rueda de personas, el informe de ADN, y los demás elementos de juicio incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa plantea recurso de casación contra la resolución antes individualizada en razón de lo dispuesto por el art. 474 incs.1° y 2° del CPP, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando y vicios in procedendo.

En el aspecto formal, sustenta su queja en la inobservancia del art. 416 inc. 4° del CPP, por entender que el tribunal arriba al fallo condenatorio de su asistido a partir de una serie de suposiciones huérfanas del verdadero, esencial y necesario sustento lógico, evitando la consideración de prueba esencial.

Sostiene que cuando el razonamiento erróneo afecta, como en el caso concreto, la cuestión nuclear del juicio, estamos ante un claro caso de motivación ilegítima, pues no se ajusta a las directivas constitucionales y legales.

Alega en tal sentido que el sentenciante no consideró debidamente la totalidad de la prueba producida durante el debate. Al respecto, expresa que la mayoría de los testigos aseguraron que era imposible ver las caras de los autores porque se encontraban tapadas, uno con un pañuelo y el otro con un casco. Agrega, en referencia a Cesar Duarte, que sólo uno de los testigos sostuvo que pudo ver sus caras, lo que es materialmente imposible y contradictorio con la mayoría de los testimonios.

Entiende que ello demuestra la arbitrariedad de la sentencia, al ignorar la declaración de casi la totalidad de los testigos frente a lo declarado por uno solo de ellos. Precisa que el a quo consideró al testimonio brindado por Cesar Duarte como sincero y coherente, sin embargo entiende que el testigo fue contradictorio en sus sucesivas declaraciones.

En este sentido, explica que en primera instancia, cuando fue interrogado en el Hospital Lagomaggiore, el testigo manifestó que no podía reconocer a los autores del hecho, aunque luego en sede judicial cambió radicalmente su declaración aduciendo como causa de ello que en el hospital estaba sedado. Entiende que no resultan creíbles las explicaciones brindadas por el testigo, por cuanto en tal oportunidad aportó datos claros y precisos sobre algunas circunstancias del hecho y, por tal motivo, no resulta lógico sostener que para algunos datos se encuentre sedado y para otros no.

Concluye que tal contradicción pone en crisis esta declaración como elemento probatorio y, por ende, la validez de la sentencia que se cuestiona, por cuanto esta testimonial constituye una prueba relevante en el razonamiento desplegado por el juzgador.

Con base a lo expuesto, advierte sobre la validez que corresponde otorgarle al reconocimiento en rueda de personas realizado por Duarte, en donde el testigo sindicó a Carrizo Ferreyra como uno de los autores del hecho, y que constituyó uno de los elementos de juicio en que el tribunal sostuvo su decisión. En otro orden de ideas, cuestiona el valor probatorio del material genético perteneciente a su asistido hallado en una de las camperas secuestradas en el lugar.

Destaca que este elemento de juicio nunca tuvo el control probatorio mínimo exigido por la ley de rito, y ni siquiera fue mencionado por la fiscalía ni por la querrela en sus alegatos, lo que le quita todo valor probatorio. Con base a lo expuesto, solicita se declare la nulidad de la sentencia objeto del presente recurso y se disponga su reenvío al subrogante legal para la realización de un nuevo juicio o, en su defecto, se case la sentencia y se disponga la absolución del imputado en orden a los delitos por los cuales fue condenado. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El señor Procurador General estima que el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado no puede prosperar, en tanto no se advierte en la sentencia cuestionada una inobservancia de las normas que pudiera acarrear su nulidad, debiendo confirmarse la validez de la sentencia.

Señala que de la lectura de los fundamentos de la resolución cuestionada se advierte que para arribar a la certeza acerca de la existencia material de los hechos y la autoría del imputado, el plexo probatorio fue analizado bajo las reglas que rigen la sana crítica racional

Aclara que los agravios esgrimidos por la defensa en relación al testimonio brindado por Duarte y la supuesta contradicción con los restantes testigos en punto a si se podía reconocer a los autores del hecho, fue suficientemente dilucidado en el debate, aspectos que fueron omitidos por la defensa en sus argumentos con el solo fin de favorecer la situación procesal de su asistido. Concluye que la sentencia atacada se encuentra debidamente motivada, por lo que el planteo de la defensa es infundado y no debe prosperar.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Analizadas las constancias incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al remedio casatorio oportunamente interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia emitida. Doy razones.

El magistrado sentenciante construyó el silogismo de la resolución cuestionada en base a una doble argumentación que lo condujo a afirmar, en grado de certeza, la participación del imputado Mario Carrizo Ferreyra en el hecho objeto del proceso.

Así consideró que «[...] el primer elemento cargoso existente en la causa es el relato sincero y despojado de toda intención de perjuicio contra el imputado, realizado por César Duarte quien estuvo enfrentado frente a frente con los asaltantes.

Su relato en preciso, coherente y fue confirmado con posterioridad al reconocerlo en la audiencia de reconocimiento [...]. Además, existe un cotejo de **ADN en las manchas hemáticas halladas en la campera que fue robada en el momento del hecho que coinciden con el perfil genético de Carrizo Ferreyra**» (fundamentos de fs. 1152).

Ahora bien, no obstante lo afirmado, este doble camino argumentativo no se presenta como una operación intelectual que respete la lógica interpretativa de la sana crítica racional. Veamos.

En primer orden, debo señalar que se advierte un error por el juzgador en la apreciación del informe agregado a fs. 660, en tanto no se compadece con las constancias de la causa.

Al respecto debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que es arbitraria la sentencia que, al apreciar la prueba producida, rebasa los límites mínimos de razonabilidad a que debe subordinarse su valoración y contradice las reglas de la sana crítica racional (fallos 250:95).

Del mismo modo ha referido que «[...] son arbitrarias las sentencias que no se compadecen con las constancias de la causa» (fallos 323:2461) y que «[...] la prescindencia de la prueba incorporada a los autos, conviene a todas las constancias de la causa pertinente para su adecuada solución» (fallos 264:120). También ha señalado que existe arbitrariedad cuando «[...] el razonamiento argumentativo que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica judicial de tal modo que prive una solución manifiestamente contraria a las reglas de la lógica y la experiencia, esto es, del correcto entendimiento judicial» (fallos 289:495).

Estos términos son aplicables al caso sub examine, en tanto del referido informe se desprende que el perfil genético encontrado en la campera secuestrada en las inmediaciones del lugar del hecho no es compatible con el perfil genético de Carrizo Ferreyra.

En cambio, tal evidencia resultó compatible con el perfil genético de Emanuel Sebastián Chisari Talquenca (condenado en autos) y de otro individuo de sexo masculino.

En segundo lugar, sentado cuanto precede, corresponde analizar si la resolución cuestionada se puede sostener válidamente con la declaración testimonial prestada por Cesar Duarte en audiencia de debate

en donde aseguró poder reconocer a los autores del hecho, y el reconocimiento que —en su consecuencia— se realizó del imputado Carrizo Ferreyra.

En otras palabras, si se aplica el método de la supresión mental hipotética y no se considera aquel elemento cuestionado por su errónea incorporación al acervo de valoración probatorio, el resultado variaría en cuanto a la acreditación de la participación de Carrizo Ferreyra en el hecho que se le endilga. La defensa circunscribe los vicios de la resolución cuestionada en la consideración de que se ha efectuado una errónea valoración de la prueba incorporada, concretamente, del valor convictivo asignado por el sentenciante a la declaración testimonial de Cesar Duarte.

Entiendo que le asiste razón, en tanto de los escuetos fundamentos brindados por el juzgador, se colige sin hesitación alguna que el a quo considero creíble el relato brindado por el testigo César Duarte sin realizar una confrontación intrínseca de las distintas manifestaciones del testigo en torno a si podía reconocer a los autores del hecho.

Al respecto, cabe recordar las explicaciones brindadas en la declaración testimonial de César Duarte obrante a fs. 393, la que fue incorporada al debate con acuerdo de las partes, y lo manifestado por éste en audiencia de debate.

En esta ocasión, ante la pregunta de la defensa y al confrontarse sus distintas versiones, ratificó que a los pocos días de ocurrido el hecho pudo describir con precisión lo acontecido, y manifestó que en aquella oportunidad señaló no poder reconocer a sus autores por estar «dopado».

Entiendo que también en relación a la ponderación de la declaración de Duarte la resolución impugnada se encuentra viciada de arbitrariedad, en tanto estas circunstancias relevantes en el relato del testigo, y que conformó el principal argumento defensorista en la etapa de los alegatos, debieron ser adecuadamente dilucidadas por el juzgador.

Es decir, el sentenciante debió dar razones de por qué entendió plausible las explicaciones brindadas por Duarte.

En definitiva, por un lado nos encontramos con **una arbitraria valoración de la prueba de ADN y por el otro con una indebida ponderación de la declaración de César Duarte** en tanto no se han brindado las razones por las cuales superar las primeras manifestaciones en el sentido de no poder reconocer a los autores del hecho y, luego, efectivamente hacerlo.

Todo ello pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la sentencia impugnada, derivados de la inobservancia de lo dispuesto por el art. 416 inc. 4° del CPP, circunstancias que acarrear la declaración de nulidad de la sentencia cuestionada.

Atento a la solución que propicio y las consideraciones precedentes, no resulta necesario expedirme en relación al resto de los agravios esbozados por el recurrente.

Por las razones precedentemente expuestas, y oído el Procurador General, corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en la cuestión que antecede, corresponde **hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado y, en consecuencia, anular parcialmente la Sentencia N° 419** (fs. 1142 y vta.), sólo con respecto al punto 2) y en tanto condena al nombrado a la pena de diez años de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por

ser cometido en poblado y en banda (art. 166 inc. 2 párrafo segundo, 54, 167 inc. 2 del CP), los fundamentos y el debate en cuanto resulten conexos a ellos, dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 en el marco de la causa N° P-50.797/17.

En consecuencia, deberán remitirse los presentes obrados al tribunal de origen, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Mario Javier Carrizo Ferreyra, correspondiendo anular parcialmente la Sentencia N° 419 (fs. 1142 y vta.), solo con respecto al punto 2) y en tanto condena al nombrado a la pena de diez años de prisión como autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (art. 166 inc. 2 párrafo segundo, 54, 167 inc. 2 del CP), los fundamentos y el debate en cuanto resulten vinculados a ellos, dictados en el marco de la causa N° P-50.797/17.
- 2.- Remitir los presentes al tribunal de origen a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, y se proceda a la realización de un nuevo juicio sólo en relación al imputado Mario Javier Carrizo Ferreyra, y en cuanto se le atribuye el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (art. 166 inc. 2 párrafo segundo, 54, 167 inc. 2 del CP) (art. 486 C.P.P.).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

50- TORRES. 27-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 54	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	B	-	ANA	PCC	-	-	CO	-	CI	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191227_FcTFM.pdf

Lex: Art. 166 inc. 2°, 3° párrafo, 54 y 167 inc. 2 del CP

Vox: Robo agravado. Arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada. ANA. Concurso ideal. Poblado y banda. Prueba indiciaria.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres años de prisión de cumplimiento condicional** como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (art. 166 inc. 2, párr. 3; art. 54 y art. 167 inc. 2, todos del CP.)

La **defensa** de K. J. H. F. interpone recurso de casación (Art. 474 inc. 2 CPP). Vicios in procedendo.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 467 (25-03-19), pronunciada por el TPC N° 2-1° CJ.*

SCJM. Dres.: **Valerio**. Palermo. Adaro (Licencia).

(M.M.)

Fallo.

CUIJ: 13-04784904-1/1((018602-59571)) FC/ T. F. M. B., H. F.A K. J. Y E.F.R.A. P/ ROBO AGRAVADO P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104863855*

En Mendoza, a los veintisiete días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04784904-1/1, caratulada "F. C/ T. F., M. B.; H. F., K. J. Y E. F. R. A. P /ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER COMETIDO EN LUGAR POBLADO Y EN BANDA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de K. J. H. F. interpone recurso extraordinario de casación (fs. 407/410) contra la Sentencia N° 467 de fecha 25 de marzo de 2019 (fs. 392/393 vta.) y sus fundamentos (fs. 395/399 vta.), mediante la cual condenó al nombrado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en concurso ideal con robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda (art. 166 inc. 2, párr. 3; art. 54 y art. 167 inc. 2, todos del CP.) que se le atribuyó en el marco de los autos N° P-59.571/18; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas y honorarios.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En lo pertinente para resolver la queja interpuesta, el tribunal de juicio tuvo por acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal obrante a fs. 272/276, esto es que «para fecha 26 de julio del 2018, siendo aproximadamente las 22:30 horas, K. J. H. F., E.F. R. y M. B. T. F. se hicieron presente en el Minimarket llamado "Mitre", ubicado en calle ..., y previo exhibir un arma de fuego color negra de unos 25 cm. y apuntarle al cuerpo a la víctima, J. A. B., le sustrajeron 600 pesos en efectivo, una balanza digital color blanco con azul con una pantalla de un tamaño grande y un cuchillo con mango color blanco de 20 centímetros de largo.

Seguidamente los encartados se dieron a la fuga con los elementos mencionados en un vehículo tipo camioneta marca Peugeot modelo 504 de color roja dominio ..., siendo conducida por un sujeto no habido ni identificado, quien los esperaba afuera del local comercial» (ver fundamentos, fs. 397 vta.). Para así decidir el sentenciante valoró, entre los elementos más importantes, las declaraciones testimoniales de J. A. B., de M. A. S., de P. M. Z. y de L. S. R.; las grabaciones de las cámaras de seguridad; los informes realizados por la Unidad Investigativa Departamental de fs. 40/43 y fs. 300/306; y el secuestro de fs. 116/120.

2.- Recurso de Casación

La defensa de K. H. F. promueve su impugnación contra la sentencia arriba individualizada a tenor de lo dispuesto por el inc. 2 del art. 474 del CPP., esto es, por considerar que existen vicios in procedendo que la descalifican como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que el tribunal de sentencia incurrió en una arbitraria valoración de la prueba al considerar penalmente responsable al imputado del delito investigado, con elementos probatorios que no son suficientes para alcanzar certeza sobre ese extremo de la imputación.

En efecto, advierte que el acusado no fue identificado en rueda de reconocimiento por la víctima, ni tampoco pudo serlo por personal actuante de la Unidad Investigativa cuando analizó las filmaciones de las cámaras de seguridad del local comercial.

Señala que esas grabaciones no lograron captar el vehículo visto por los testigos en el momento de la fuga, lo que impide identificar el dominio del rodado. Asimismo, se queja de la valoración del secuestro de los cuchillos y la campera en el domicilio del acusado, ya que se trata de elementos de uso cotidiano, sin marcas ni señas particulares y que no fueron reconocidos por la víctima, por lo que no pueden ser considerados como objetos del ilícito. Según la defensa, lo contrario implicaría que usar una campera marrón y tener un cuchillo de supermercado en el domicilio sería suficiente motivo de condena, lo que resulta ilógico e irrazonable.

Por otra parte, cuestiona que el a quo haya tenido en cuenta los informes de la Unidad Investigativa Departamental –fs. 40/43 y fs. 303/306–, donde se informa que su representado y el menor Recosta – quien sería el que portaba el arma de fuego y llevaba la campera de color marrón claro– son vecinos colindantes.

Por estos motivos, sostiene la defensa que los argumentos expuestos por el sentenciante resultan de una valoración arbitraria de la prueba incorporada, además de ser carentes de motivación razonable y de sustentarse en meras suposiciones, lo que resulta contrario a las reglas de la sana crítica racional. Desde allí solicita se case la resolución atacada y se ordene la absolución de su defendido. Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso de casación se le confiere, el señor Procurador General considera que el recurso resulta formalmente procedente, aunque debe ser rechazado en el fondo.

En este orden, contrariamente a los argumentos afirma que la sentencia se encuentra debidamente fundada, en tanto el a quo valoró debidamente el plexo probatorio reunido.

Refiere que el sentenciante valoró que las declaraciones testimoniales de la víctima y de los testigos encontraron respaldo en las imágenes de las cámaras de seguridad del local comercial y en los informes elaborados por personal de la Unidad de Investigaciones, así como en los elementos que fueron secuestrados de la vivienda del acusado.

Respecto del vehículo utilizado por los asaltantes, destaca que el testigo S. dijo que se dieron a la fuga en una camioneta marca Peugeot 504 de color roja, dato que el juzgador consideró probado a través de la video filmación en la que se observa pasar una camioneta con esas mismas características, en la misma dirección señalada por la testigo Z..

También expresa que el tribunal de juicio ponderó que a través de los datos aportados por los testigos mencionados, la Unidad Investigativa Departamental logró el hallazgo de ese rodado, destacándose que había sido conducido en diversas oportunidades por el imputado K. H..

Manifiesta que el tribunal de juicio valoró que en la vivienda del nombrado, además del secuestro de la camioneta, se hallaron y secuestraron otros elementos vinculados al hecho, tales como dos cuchillos de mango de plástico de color blanco, uno de ellos de similares características a las descritas por la víctima S., una campera de color marrón claro similar a la que vestía la persona que llevaba el arma de fuego y un revólver que también pudo haber sido utilizado en el hecho.

A lo que agrega que el menor que portaba el arma y usaba la campera marrón clara, es vecino colindante de K. H.. Con relación al reconocimiento en rueda de personas, destaca que si bien el acusado de mención no fue reconocido, ese resultado no conmueve la conclusión a la que arribó el a quo, por encontrarse respaldada por las otras pruebas mencionadas precedentemente.

En virtud de lo expuesto, argumenta que de ninguna manera puede sostenerse que la sentencia cuestionada contenga vicios en su motivación, ni que sea arbitraria, o que se aparte de la sana crítica racional, por lo que el planteo defensivo no debe prosperar.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa del imputado, adelanto mi posición en el sentido que corresponde rechazar el recurso articulado, ello por las razones que serán detalladas a continuación.

De forma preliminar he de señalar que la impugnación extraordinaria intentada resulta formalmente admisible. Ello por cuanto, a tenor de lo establecido por los arts. 475, 477 en función del art. 476 inc. 2 y 478 inc. 1 del CPP., la misma ha sido promovida por quien presenta legitimación para hacerlo y, además, en contra de una resolución –sentencia– expresamente declarada impugnabile.

Sentado cuanto precede, corresponde señalar que la crítica formulada por la recurrente se centra en negar la coautoría de K.J. H.F. en el hecho atribuido. Destaca la arbitraria valoración de los elementos probatorios incorporados a la causa que derivó en una motivación que no respeta los principios de la sana crítica racional. Vicio del que hace derivar no sólo la nulidad del acto impugnado sino, además, el pedido para que este Cuerpo case el decisorio en crisis y ordene la absolución del nombrado.

Contrariamente, más allá de lo incompatible que resulta el tipo de vicio alegado –in procedendo- y la solución que se procura –art. 485 del CPP.-, advierto que la resolución en análisis no padece defecto alguno y su motivación resulta suficiente para su mantenimiento como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación.

Ello a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

Lo afirmado en el párrafo anterior resulta de apreciar que, en cuanto aquí resulta pertinente, los elementos probatorios han sido adecuadamente ponderados por el tribunal de juicio, conforme lo imponen los arts. 206 y 409 del CPP., esto es, en rigurosa observancia de las reglas de la sana crítica racional y de sus postulados de libre valoración de la prueba con los límites que surgen de los principios lógicos de coherencia (identidad, no contradicción y tercero excluido) y de derivación (razón suficiente) y de la experiencia común; cuyo apartamiento la censurante no ha podido demostrar.

En esa labor, el sentenciante no sólo detalló los elementos de convicción, sino que también fundó adecuadamente el valor otorgado a ellos, luego de cotejar unos con otros de manera tal de llevar a cabo una valoración integral y coordinada de aquellos.

Al respecto, estimo conveniente recordar que un recurso de casación que invoca la infracción a las reglas de valoración de la prueba, para lograr conmovir los fundamentos de la sentencia impugnada, debe contener el análisis de todo el cuadro convictivo evaluado y, en función de éste, demostrar lo decisivo del vicio que se denuncia.

Ello porque es sabido que arbitrariedad no significa mera disconformidad con la solución adoptada por el sentenciante.

De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que, desde la órbita de lo que suponen los vicios formales, se contente sólo con reproches aislados o que tome las pruebas de manera desconectadas o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de ellas. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica del recurso no alcanza para enervar la fundamentación de la decisión del tribunal sentenciante.

Éste es precisamente el defecto que advierto en la presentación de la defensa en cuanto tacha de arbitraria la fundamentación de la sentencia. No sólo hace una consideración fragmentaria de los argumentos tenidos en cuenta por el juzgador a fin de sustentar la conclusión que aquí se embate sino que, además, lejos de dar mayores precisiones respecto del modo en que el sentenciante ha incurrido en vicios de contradicción, insuficiencia o irrazonabilidad en la motivación de su solución, simplemente los evoca. Veamos.

A resumidas cuentas, la letrada defensora entiende que la intervención punible de su representado en el hecho no se encuentra acreditada en razón de los siguientes motivos, a saber: (a) el imputado no fue reconocido en rueda de personas por la víctima, ni tampoco cuando personal de investigaciones analizó las grabaciones de las cámaras de seguridad del local comercial; (b) los bienes que fueron secuestrados del domicilio del encausado –cuchillo y campera– no pueden ser considerados como objetos del delito investigado; (c) la camioneta hallada en dicho lugar no puede ser vinculada al hecho investigado ya que las cámaras de seguridad no captaron su presencia; y, (d) no resulta incriminante que el menor que portaba el arma y usaba la campera secuestrada sea vecino colindante del acusado. Inversamente a lo sustentado, del modo en que lo anticipé, estimo que ninguno de esos planteos puede prosperar.

Advierto que se trata de los mismos argumentos utilizados por la defensora para rebatir la acusación fiscal durante sus alegatos de cierre de la instancia del debate (ver registros audiovisuales, «audiencia 22/03/19», a partir de 00:49:20), los que fueron debidamente contestados a través de los fundamentos que acompañan el fallo en crisis.

A lo que cabe mencionar que tampoco esta reedición que aquí se señala viene acompañada de elementos novedosos que permitan siquiera controvertir la hipótesis de la acusación en orden a la coautoría del acusado en los hechos intimados cuya existencia material, vale decir, no es discutida.

Ello en cuanto se constata que existen numerosos, serios y concordantes indicios que, analizados en conjunto, conducen inequívocamente a confirmar la hipótesis incriminatoria formulada en la sentencia en orden a la intervención criminal de H.F. En efecto, de los fundamentos de la sentencia se desprende que, a tal efecto, el juez de la causa valoró que los testimonios de J. B., M. S., Patricia Z. y L. R. encontraban respaldo en las imágenes obtenidas de las seis cámaras de seguridad del local comercial que resultó objeto del robo investigado, cuyo desgrabado da cuenta el informe de la División Delitos Tecnológicos (fs. 27/29). En esa línea ponderó que S. –dueño del comercio– dijo que cuando salió a la calle a perseguir a los autores del hecho, visualizó que los tres sujetos subieron a bordo de un automotor para emprender la huída del lugar. Precisó las características del rodado al describir que se trató de una camioneta marca Peugeot 504,

de color roja, simple cabina, con llantas cromadas, la que, además, no se encontraba estacionada. Esto fue corroborado con la declaración de P. Z., quien se encontraba en el interior del comercio al momento del ilícito.

Ella narró, entre otros aspectos, que el dueño del local – por S.–, salió en persecución de los autores, quienes huyeron hacia la calle ..., a bordo de un vehículo que los estaba esperando.

A tales elementos acertadamente el juez sumó que esos datos permitieron a personal de investigaciones determinar hacia qué lugar se dirigió el referido vehículo y quiénes eran sus asiduos conductores, todo lo cual resulta consignado en los informes agregados a fs. 40/43 y fs. 303/306.

Estos elementos fueron ofrecidos como prueba por las partes (fs. 378; fs. 383), y luego incorporados debidamente al debate (fs. 389 vta.). Según lo expresa el a quo, esa información posibilitó el secuestro de objetos vinculados al hecho, tales como la referida Pick Up Peugeot 504 de color roja, dos cuchillos de mango de plástico de color blanco, uno tipo carnicero, una campera marrón claro y un revólver. Además también se logró la aprehensión de H.F..

Estas medidas se materializaron en el domicilio particular del acusado, esto es, en el Barrio ... (fs. 116/120). Desde allí el juzgador valoró, por un lado, que el cuchillo secuestrado coincide con la descripción dada por M. S., y no así con lo declarado por el progenitor del acusado –E. H.–.

Por otro lado, que la campera de color marrón claro era similar a la aparece siendo utilizada por el sujeto que en las imágenes se lo visualiza portando un arma, que podría ser el menor de edad que es juzgado en el fuero penal correspondiente, quien vive en sentido colindante a la casa de H. F..

Por último, interpretó también como indicio cargoso que se secuestró un arma de fuego –revólver calibre .38 largo–, el que también podría ser la utilizada para la comisión del hecho (ver fundamentos, fs. 397 y vta.).

Todo ello me lleva a considerar que las falencias detectadas por el defensa respecto a la ausencia pruebas que acrediten la autoría por parte de su defendido, no logran conmover las conclusiones a las que llega el juez al haber reunido y ponderado los indicios de cargo que la llevaron a sostener, en criterio que comparto, que K.J. H.F. resultó uno de los autores del hecho.

Más bien los agravios vertidos por la recurrente están asentados en argumentos y afirmaciones personales del recurrente en relación a la valoración del material probatorio, por ser adversos a los intereses de esa parte, lo que evidencia tan sólo una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo.

En ese orden, como bien lo precisa el sentenciante, debe destacarse el informe elaborado por la Unidad de Investigativa Departamental (U.I.D.) respecto de las tareas de investigación desarrolladas, pieza que aporta datos importantes en orden a la individualización de los tres autores del hecho, como también, del accionar desplegado por cada uno de ellos, y cuyo contenido es llanamente soslayado por la censurante. Según se desprende de las labores de investigación allí consignadas, en cuanto aquí importa, se verificó que «conforme las imágenes captadas por la cámara de seguridad del lugar del hecho y analizados por la División Delitos Tecnológicos y comparándolo con las distintas fotos que posee esta Unidad Investigativa ... se puede establecer que las características de los ciudadanos K. H. ... coinciden con las personas que ingresaron a cometer el hecho delictivo, donde K. H. sería la persona que ingresó con ropa oscura y capucha de color azul ...» (ver fs. 40 vta./41).

Lo mismo cabe mencionar del informe de la División de Delitos Tecnológicos. En ese informe, en el que los fotogramas de las cámaras de seguridad están en colores, fácilmente puede apreciarse que acierta el

sentenciante cuando afirma que la campera de color marrón claro que fue hallada y secuestrada en la casa de K. H. es similar a la que utilizó en el hecho aquel sujeto que portaba el arma.

Así resulta de comparar el secuestro consignado a fs. 117 con el informe de mención agregado a fs. 300/302 vta. En otro orden, también discrepo con la trascendencia desincriminatoria que asigna la recurrente a la falta de reconocimiento en rueda de personas por parte de una de las víctimas, como también al hecho de que los objetos secuestrados sean de uso, lo que –a su criterio– impediría considerarlos como objetos del ilícito.

Ello por cuanto, en el mismo sentido que lo entiende el sentenciante, estimo que todos **indicios reunidos resultan plurales, graves, concordantes y concurrentes y logran dar crédito a la hipótesis acusatoria** sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el sentido de que K.J. H.F. es uno de los autores del hecho, por lo que la decisión tomada por la jueza resulta acertada sin que los agravios promovidos logren conmovérsela.

Por los motivos expuestos, y toda vez que no se verifican los vicios promovidos en relación a la fundamentación de la sentencia, es que corresponde confirmarla en este sentido.

De este modo, y en sentido coincidente con el Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazarse el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado K.J. H.F..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 27 de diciembre de 2019.

Capítulo VII.

Delitos contra las personas.

Delitos contra la integridad sexual. Corrupción.

Capítulo VIII.

Delitos contra la propiedad.

Extorsión. Estafa. Daño. Usurpación. Daño.

CAPÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Extorsión. Estafa. Usurpación. Daño.

1- YANEZ PAVEZ. 07-02-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI.	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=6>

Lex: Art. 181 inc. 1° del CP.

Vox: Usurpación. Despojo. Posesión. Propiedad. SP no es titular registral. Medios comisivos.

Summa:

El **Segundo Juzgado Correccional** – 2° CJ, condenó a las imputadas a la pena de **un año de ejecución condicional** como autoras del delito de usurpación por despojo (art. 181 inc. 1 del Código Penal)

La **defensa técnica** de las señaladas interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 3303, pronunciada por el Segundo Juzgado Correccional-2° CJ.

Precedentes relacionados

- Geroli Pérez. 16-09-13:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE0MTE=&t=abla=c2M=>

Parágrafos relevantes: “Podemos afirmar que, para examinar la eficacia de la fundamentación del fallo, éste debe ser **valorado en su conjunto**; aunque pueda discreparse con los argumentos que el tribunal de juicio desarrolla para fundar su certeza, no pueden ellos ser censurados en casación mientras no aparezcan como irrazonables, absurdos, arbitrarios, contradictorios o fundados en prueba ilegal. Podemos afirmar conforme acreditada doctrina que, uno de los artificios de la defensa penal, es precisamente el de aislar los indicios, para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su reunión. ... La interrelación, vivencias y presencia activa de las partes en el proceso, impactan de manera decisiva en el ánimo del a - quo, como expresión y fruto de la inmediación y de la oralidad que confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y oído en el debate. ... Es posible revisar por vía de casación las declaraciones consignadas en las actas de debate y en los fundamentos de la sentencia, pero siempre **con la limitación que impone la inmediatez y la oralidad**. De modo que los agravios que cuestionan que un testigo haya tenido miedo al declarar en el debate no puede prosperar, porque hace referencia a circunstancias que se observaron y apreciaron en el testigo durante la audiencia, es decir, cuestiones que solo son producto de la inmediación y percepción del juez en el debate oral”

Parágrafos destacados

“...el bien jurídico protegido por el art. 181 del Código Penal es la propiedad, no en cuanto a los derechos, sino en cuanto al uso y goce pacífico de la posesión, cuasiposesión o tenencia del bien inmueble, por parte de quien lo tiene bajo su esfera de poder. Así no debe tenerse en cuenta aquí el derecho a la posesión, cuasiposesión o tenencia, sino el ejercicio de facultades que se ejercen sobre el inmueble en

forma efectiva y actual. Es decir que, por un lado se requiere para la protección un elemento material que es la ocupación del inmueble y, por otro lado, un elemento subjetivo, que es la intención del sujeto de someter el inmueble a su poder de hecho. Por lo tanto, **carece de importancia a la hora de determinar la existencia del delito, la legitimidad o ilegitimidad del título** que invoca quien reclama la ocupación, puesto que lo que se castiga es la irregularidad de los medios que se vale para obtenerla de aquel que detente en forma real, actual y efectiva el inmueble”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Llorente. Adaro. (Licencia).

(M.M.)

Fallo

CUIJ: 13-04116355-5/1((021202-9037)) F. C/ YAÑEZ PAVEZ MELISA BERENICE Y BASOALTO DEBORA P/ USURPACION P/ DESPOJO (9037) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104178340*

En Mendoza, a los siete días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04116355-5/1, caratulada “F. C/YAÑEZ PAVEZ, MELISA BERENICE Y BASOALTO MONTAÑA, DÉBORA NATALÍ P/ DESOBEDIENCIA S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. PEDRO J. LLORENTE, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La defensa oficial de Melisa Berenice Yañez Pavez y de Débora Natalí Basoalto Montaña interponen recurso de casación (fs. 178/180 vta.) contra la sentencia N° 3.303 (fs. 151 y vta.) y sus fundamentos (fs. 156/176 y vta.), mediante la cual se resolvió condenar a las nombradas a la pena de un año de prisión con los beneficios de la condicionalidad por considerarlas coautoras responsables (art. 45) del delito de usurpación por despojo (art. 181 inc. 1 del Código Penal) en la causa N° P-9.037.

El pronunciamiento fue dictado por el Segundo Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

El a quo tuvo por probado que “el día 22 de noviembre 2015 las imputadas Melisa Berenice Yañez y Débora Natalí Basoalto en horas no precisadas con exactitud pero luego del medio día y pasada las 14hs., procedieron a ejercer fuerza sobre una ventana, que se encuentra en el costado oeste de la vivienda de calle Tropero Sosa 471, a la cual accedieron desde el costado este de la vivienda de Pedro Montaña, aprovechando que su poseedor no se encontrara en el lugar, y procedieron a retirarla, para luego invadirla y despojar de la vivienda al Sr. José Navarro quien por entonces tenía el uso y goce de la misma, y disponía en su carácter de poseedor”.

Para así decidir valoró entre los principales elementos de prueba: la declaración de las imputadas Débora Natalí Basoalto y Melisa Berenice Yañez; las declaraciones testimoniales de José Navarro Sanz, de Danilo Martín Barroso Sánchez, de María Belén Orellano Campos, de Alberto Darío Ferruz Hidalgo, de Leandro Evangelista Vergara López, de Edgardo Martín Cabrera Vallejos, de Jorge Héctor de Vicente Espinosa, de Hugo Federico Manuel Romera, de Andrés Darío Cisterna, de José Alberto Tapia Santibáñez, de Pablo José Pérez, de Lidia Martina Cruzate Lima, y de Pedro Montaña Gómez; y los siguientes expedientes: P2-94145/14, P2-99201/15, P2-99487/15, P2-106118/15 y P2-118349/15; acta de procedimiento policial de fs.02 y de fs. 18; constancia de fs. 128/129 y vta.; acta del oficial de justicia de fs. 56.

2.- Recurso de casación

La defensa enmarca su impugnación en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del C.P.P., esto es por adolecer la sentencia de vicios in procedendo.

La recurrente se agravia en cuanto considera que el a quo erróneamente tiene por acreditado con el grado certeza la materialidad del hecho y la autoría responsable de las imputadas.

Agrega que del análisis del plexo probatorio surge que se han omitido la valoración de elementos determinantes y que el a quo no ha tenido en cuenta a la hora de dictar el fallo (ver recurso, fs. 178 vta.). Sostiene que el a quo valoró el testimonio del denunciante José Navarro en forma parcial, atento a que no explicó la circunstancia de que el “supuesto dueño” de la casa no tuviera las llaves. Señala que tampoco explicó la precariedad con la que adquirió la propiedad de la vivienda, ya que para acreditar que es dueño de la propiedad presentó un documento de compraventa firmado por las partes, y reconocido sólo por él, atento a que el supuesto vendedor falleció en el año 2012 y no se pudo reconocer su firma.

Además agrega que el contrato carece de sellado, por lo que no tiene fecha cierta, siendo válido sólo entre las partes y **no oponible “erga onmes”**, por lo tanto alude que es comprensible que las encartadas desconocieran su existencia.

En efecto, sostiene que diferente sería el caso si Navarro hubiera inscripto el inmueble en el Registro de la Propiedad, circunstancia que hace pública la propiedad de los bienes inmuebles (ver recurso, fs. 178 vta./179).

Critica el hecho de que siendo Navarro el propietario no haya intentado una acción civil. Argumenta en este sentido que no lo hizo porque **no puede acreditar la propiedad ni la legitimidad en su posesión**.

Agrega que Navarro **no es el legítimo poseedor**, y que no puede acreditar su posesión legítima, siendo una condición ineludible para que prospere una denuncia por usurpación.

Sostiene que las múltiples denuncias que realizó Navarro no acreditan necesariamente que viva en el lugar. Añade que esas denuncias son un ardid para exhibir una posesión falsa en connivencia con su vecino Tapia (ver recurso, fs. 179 vta.).

Manifiesta que las imputadas ingresaron a la vivienda con el permiso de la persona que ellas reconocían como dueño de la casa, su abuelo Montaña, y con las llaves del lugar. Refiere que por el estado de abandono total en el que se encontraba la vivienda, las imputadas desconocían que la vivienda fuera ocupada por otra persona (ver recurso, fs. 179).

Estima que para la configuración del delito de usurpación se necesita acreditar los elementos objetivo y subjetivo del delito, es decir el conocimiento que la casa era ajena y la voluntad de usurpar mediante alguno de los modos comisivos que ordena la ley, como por ejemplo mediando **violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o clandestinidad**, medios que, según su parecer, no se han acreditado con el grado de certeza que se exige para condenar (ver recurso, fs. 179).

Por lo expuesto, considera que no se ha respetado el principio lógico de razón suficiente que exige que la prueba en que se fundamenta la sentencia sólo permita arribar a esa única conclusión y no a otras. Es decir que ella derive necesariamente de los elementos probatorios invocados. A su vez, entiende que las pruebas referidas son ambivalentes, en tanto no llevan a aceptar una de las posibles interpretaciones y descartar otras (ver recurso, fs. 179 vta.).

Hace reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que se debe rechazar el recurso de casación.

Sostiene que la defensa técnica pretende una **revisión ex novo** de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa. Alude que la sola reiteración de la posición defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio e indiciario colectado por la investigación y relevado por el a quo en la sentencia.

Refiere que todos los vicios in procedendo fueron explicitados por el a quo.

Finalmente considera que la defensa técnica tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios cargos para establecer una duda de la autoría del imputado; elementos que han sido tratados en forma conjunta por el Tribunal, en tanto su separación aprovecha a la posición del cuestionamiento de los mismos.

Cita en apoyo de su postura el fallo **Geroli Pérez**.

4.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación.

Luego de un análisis del recurso como de la sentencia atacada, arribo a la conclusión que en la sentencia no se observan los vicios que le asigna la recurrente.

Por el contrario, comparto las conclusiones a las que llega el tribunal de sentencia en los fundamentos de la sentencia cuestionada.

Cabe advertir que el juez de sentencia realizó un detallado examen del mérito probatorio que lo llevó, razonadamente y sin los vicios que la recurrente atribuye a la motivación de la sentencia, a tener por acreditado, con el grado de certeza que requiere una condena, que José Navarro tenía la ocupación del inmueble sito en calle Tropero Sosa N° 471 al día 22 de noviembre de 2015, **ostentando su uso y goce en carácter de poseedor**, teniéndolo a su disposición y bajo su custodia.

En cuanto a lo expresado por la recurrente que, para que prospere una denuncia por usurpación es condición ineludible ser legítimo poseedor y acreditar esta circunstancia, es de resaltar que el Tribunal a quo explicó, en razonamiento que comparto, que **el bien jurídico protegido por el art. 181 del Código Penal es la propiedad**, no en cuanto a los derechos, sino en cuanto **al uso y goce pacífico de la posesión, cuasiposesión o tenencia del bien inmueble**, por parte de quien lo tiene bajo su esfera de poder. Así no debe tenerse en cuenta aquí el derecho a la posesión, cuasiposesión o tenencia, sino el ejercicio de facultades que se ejercen sobre el inmueble en forma efectiva y actual. Es decir que, por un lado se requiere para la protección un elemento material que es la ocupación del inmueble y, por otro lado, un elemento subjetivo, que es la intención del sujeto de someter el inmueble a su poder de hecho (ver fundamentos, fs. 167 vta./168).

Por lo tanto, **carece de importancia a la hora de determinar la existencia del delito, la legitimidad o ilegitimidad del título** que invoca quien reclama la ocupación, puesto que lo que se castiga es la irregularidad de los medios que se vale para obtenerla de aquel que detente en forma real, actual y efectiva el inmueble (ver fs. 168).

Por lo que considero que no le asiste razón a la recurrente, en tanto el tribunal de sentencia ha tenido por acreditado, de acuerdo a la prueba valorada conforme el método de la sana crítica racional, que Navarro tenía el uso y goce del mencionado inmueble al momento del hecho.

Respecto al cuestionamiento vinculado a que no se encuentra acreditado alguno de los **medios comisivos** que ordena la ley, no le asiste razón a la recurrente, en tanto surge de los fundamentos que las imputadas, en forma conjunta y de común acuerdo, realizaron actos de fuerza sobre la ventana para impedir el ingreso a la vivienda, aprovechando por un lado, que Navarro no se encontraba en el lugar, y por otro lado, la vecindad del inmueble colindante para lograr su cometido.

Ello se encuentra probado por los dichos del testigo Tapia y por personal policial al momento de realizar la constatación ocular en el acta de procedimiento (fs. 2, ver fs. 172).

Asimismo, las acusadas obstruyeron, mediante la colocación de un muro, el pasillo que era usado por Navarro para ingresar a su vivienda.

Encontrándose corroborada tal circunstancia por los dichos del testigo Tapia, por el acta del oficial de justicia (fs. 56) y por el acta de inspección ocular dispuesta en la audiencia de debate (fs. 128/129 vta., ver fs. 172 vta./173).

En efecto, la colocación del muro por parte de las imputadas tuvo como finalidad impedir que Navarro ingresara a su domicilio y de esta manera consolidar su ocupación ilegal en el lugar.

Además, debe resaltarse que habilitaron otro ingreso por la vivienda de Pedro Montaña, lo que se encuentra corroborado por el informe de policía científica (fs. 18, ver fs. 172 vta./173).

Conforme el análisis realizado considero que, la **valoración integral** de los elementos de prueba colectados a lo largo del proceso permite confirmar la sentencia condenatoria, por cuanto resulta sustentada en prueba suficiente que acredita de manera clara la realización del hecho ilícito y la vinculación de las imputadas en su comisión.

Así, puede señalarse que el recurso promovido, con la atribución de vicios en la motivación de la sentencia, aparece basado en afirmaciones propias y en razonamientos que fragmentan, por su selección, la valoración de los elementos probatorios de la causa.

De tal manera, la impugnación resulta una discrepancia con la labor intelectual realizada por el tribunal de mérito en la fundamentación del fallo.

Esto en tanto, la recurrente pretende una nueva revisión de todo lo que fue tratado en el debate y sometido a la contradicción de acusación y defensa sin desvirtuar de manera adecuada el razonamiento del sentenciante.

Por lo tanto la reiteración de la estrategia defensiva no alcanza para romper el cuadro probatorio colectado y valorado por el a quo en la sentencia.

Por todo lo expuesto, y oído el señor Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la Defensa de Melisa Berenice Yañez Pavez y de Débora Natalí Basoalto Montaña.
ASI VOTO.

Voto Dr. Llorente. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.
SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 178/180 vta., por la Defensa de Melisa Berenice Yañez Pavez y de Débora Natalí Basoalto Montaña .
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro. Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 07 de febrero de 2019.-

2- BENEITE RIERA. 12-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16>

Lex: Art. 181 inc. 3° del CP

Vox: Turbación de la posesión. Usurpación de inmueble.

Summa:

El **Primer Juzgado Correccional** absolvió a Roberto Carlos Beneite Riera del delito de turbación de la posesión (art. 181 inc. 3 Cód. Pen.) y usurpación de inmueble (art. 181 inc. 1 del Cód. Pen.).

El **Querellante particular** interpone recurso.

El **Procurador** General entiende que debe ser rechazado.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 2729, pronunciada por el Primer Juzgado Correccional -3° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Asat. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>

Parágrafos destacados.

“Conforme lo anterior, en el caso bajo análisis no solo existe incertidumbre en relación con la tenencia o posesión del inmueble por parte del denunciante, sino que, como ampliaré en el próximo apartado, la colocación de carteles y clausura de tranquera no son conductas violentas **creadoras de un riesgo jurídico-penalmente relevante** conforme lo prescripto por el art. 181 inc. 1 CP “.

Precedentes relacionados.

Usurpación:

- Asat Haltky. 23-08-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=393>
- Yañez Pavez. 07-02-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=6>
- Benite Riera. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16>
- Nyman Villegas. 26-03-19. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=24>
- Rossi. 10-12-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=248>
- Baez Rios. 18-05-20. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=299>
- Agüero Alvino. 30-03-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=594>
- Falido Pizarro. 10-05-21. <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=474>
- Martinez. 16-09-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=516>
- Abbba Castillo. 09-11-21: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=678>
- Patti Gobbi. 07-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=801>
- Molina Acevedo. 05-12-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=975>

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(M.M.)

Fallo

CUIJ: 13-04211698-4/1((032101-103954)). QUERELLANTE PARTICULAR Y F. C/ BENEITE RIERA, ROBERTO CARLOS POR USURPACION: TURBACION DE LA POSESION (103954/14) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104279604*

En Mendoza, a los doce días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04211698-4/1, caratulada “F. y q. part. c/ Beneite Riera, Roberto Carlos p/ turbación de la posesión”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. José V. Valerio; segundo Dr. Mario D. Adaro; tercero Dr. Pedro J. Llorente.

Los representantes de la parte querellante particular interponen recurso de casación (fs. 265/276) contra la sentencia N° 2729 (fs. 254) y sus fundamentos, mediante la cual se absolvió a Roberto Carlos Beneite Riera del delito de turbación de la posesión (art. 181 inc. 3 Cód. Pen.) y usurpación de inmueble (art. 181 inc. 1 del Cód. Pen.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

I.- Sentencia recurrida

El Primer Juzgado Correccional de la Tercera Circunscripción Judicial, resolvió “absolver lisa y llanamente a Roberto Carlos Beneite Riera (...) de los hechos por los que medió acusación (...) calificados en sus discursos de cierre por el Ministerio Público Fiscal como Turbación de la Posesión (art. 181 inc. 3 Cód. Pen.) y por el representante de la parte querellante particular como usurpación de inmueble (art. 181 inc. 1 Cód. Pen.)” (fs. 283).

Para decidir en tal sentido, el magistrado interviniente entendió que “estamos en presencia de una disputa de límites de campos vecinos que se dirime en sede civil” y que “el hecho de colocar carteles indicativos de propiedad privada y de cerrar tranqueras, luego de haberse presentado el Sr. Beneite en numerosas ocasiones a la Fiscalía a denunciar que con máquinas topadoras que partían del campo vecino hacían picadas y trabajos de limpieza en el interior de lo que siempre afirmó es parte de su campo y no obtener respuesta judicial, no lo ha hecho con la finalidad de turbar la posesión de otro, sino la de operar en defensa de lo que considera es su propiedad, conforme el título de dominio y plano que exhibió, contra la persona que ejerce una concreta pretensión de parte de su dominio sobre el campo” (f. 263 y vta.).

El a quo construyó su silogismo desincriminante contextualizando la conducta del acusado en una disputa civil. Para ello, le otorgó fuerza convictiva decisiva a la declaración de Beneite Riera, la cual apuntaló con las pruebas obrantes en diversos expedientes civiles y penales, en donde se da cuenta del conflicto de límites y el comportamiento hostil de ambas partes tendentes a reafirmar su posesión (fs. 258/263).

II.- Recurso de casación

La querellante particular Claudia Sonia Parodi, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia arriba individualizada, ello conforme los incisos 1 y 2 del art. 474 CPP Mendoza, esto es, por adolecer de vicios in procedendo e in iudicando en el razonamiento desplegado.

La parte recurrente entiende, por un lado, que la conclusión de que el imputado con su comportamiento defendía la propiedad privada es arbitraria (fs. 268/272). Para ello afirma: “no hay razón suficiente, derivada de las pruebas reseñadas, que permita afirmar la legitimidad de la actuación del acusado” (fs. 271 vta.), en tanto “Beneite no tenía la posesión del campo en cuestión (...) no podía usar ‘legítimamente’ las vías de hecho para recuperarla” (fs. 267 vta./270) y “el lugar en que colocó los carteles no forma parte de la disputa sobre la propiedad” (fs. 270/271).

Por otro lado, considera que se ha valorado erróneamente que los hechos objeto de la acusación son atípicos.

Para avalar esta tesitura expresa que “el hecho de clausurar la tranquera obstaculizando de esa manera la libre circulación interna constituye la utilización de violencia típica al delito de usurpación, tanto en la modalidad del despojo del inc. 1) como para configurar la turbación del inc. 3) del art. 181 Cód. Pen.” (f. 274). A su vez, en el plano subjetivo rechaza que no se haya probado el elemento subjetivo propio de ese delito, pues “la posesión del inmueble objeto del delito estaba en cabeza de la denunciante y (...) el imputado conocía tal circunstancia, como así también conocía la demanda entablada en su contra por usucapión” (f. 272 vta.).

Por último, se agrega que la acusación por usurpación en grado de tentativa no configura un hecho diverso según lo prescripto por el art. 392 CPP Mendoza, pues se trataría de una adecuación jurídica de los hechos que integran la plataforma fáctica atribuida en la pieza acusatoria (fs. 273 vta./274).

Formula reserva de caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (f. 305/306 vta.). La sentencia puesta en tela de juicio, conforme lo dictaminado, sería “correcta en cuanto a su razonamiento y utilización de las reglas de la sana crítica racional”, existiendo “dudas sobre la materialidad y autoría del delito de usurpación” (f. 305 vta.).

En relación con los vicios in procedendo afirma que “la sentencia justifica probadamente por las denuncias hechas por el imputado por usurpación y los relatos de los cortes de alambres en el perímetro de su propiedad, que las acciones [Beneite Riera] las cumple con la intención de defender lo que considera su propiedad” (f. 305 vta.).

Pone de relieve, además, la litigiosidad de la situación trabada entre ambas partes. Por otro lado, entiende que la figura del despojo (art. 181 inc. 1, CP) no fue intimada al imputado, por lo cual dicho planteo debe ser desestimado.

Respecto a los vicios in iudicando expresa que “el imputado actuó con la intención de defensa de su derecho y no con la voluntad de provocar una turbación de la posesión de otro” (fs. 306). Al mismo tiempo destaca que los medios comisivos no pueden ser considerados violentos y que, aun así, estos estarían justificados en tanto acción defensiva de la propiedad (fs. 306 vta.).

IV.- La solución

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado. Doy razones.

El magistrado interviniente ejecutó un amplio trabajo de contextualización del caso con el fin de descifrar el sentido de la conducta del acusado. Por ende, su argumentación sólo puede ser apreciada si se tiene en mente el hecho objeto de la acusación en relación con los distintos expedientes civiles donde las partes

también se encuentran enfrentadas. Estos son: por un lado, los autos N° P-90.629/14, causa penal donde estaría en juego la misma franja de tierra aquí disputada, donde Beneite Riera era el denunciante. En dicho proceso, se concluyó que se estaba en presencia de una cuestión civil.

Por otro lado, los autos N° 55.115, causa civil caratulada “Parodi, Claudia Sonia c/ Gob. de la provincia; Onofre Puebla y Roberto C. Beneites p/ prescripción adquisitiva” donde, como es evidente, se discute la posesión y el dominio de los terrenos litigiosos.

En el proceso que da lugar a la sentencia aquí recurrida en ningún momento se problematiza la colocación de los carteles o la clausura de la tranquera de los terrenos en conflicto, es más, el mismo acusado las reconoce.

Ahora bien, lo que sí es objeto de un intrincado debate son las circunstancias en las que se realizó tal conducta y si estas pudieron ser interpretadas como la violencia o amenazas (a) que turban la posesión o tenencia del inmueble (b) de la denunciante.

En primer lugar (a), al no encontrarse controvertida la prueba de la materialidad de la conducta del acusado, ha de analizarse si ella es constitutiva de la violencia típica del art. 181 inc. 3 Cód. Pen.

Como correctamente sostiene el juez sentenciante, no puede atribuírsele a los actos desplegados por Beneite Riera la entidad de violentos, en tanto restrictivos de un derecho ajeno, tal como exige la figura penal bajo estudio. En efecto, a partir de la ambigüedad inherente al contexto de disputa de límites que discurre por sede civil, el a quo deriva que no se trata de molestias idóneas para restringir el ejercicio del derecho de la contraparte, en tanto, dadas las circunstancias del caso, se aprecia un comportamiento para posicionarse en el resguardo de la posesión resistida en el juicio civil.

Así, lo ha entendido el a quo al refutar válidamente la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el inc. 3° del art. 181 del C.P. y concluir que “los actos materiales reconocidos por el Sr. Beneite no han tenido la finalidad de turbar la posesión de otro; y en vista que surge de los autos N° P-90.629/14 que los trabajos de desmalezado y las picadas por el interior del campo que el Sr. Beneite denunció y pretendía que cesaran no se detuvieron, es de toda evidencia que el resultado lesivo que pretende evitar la norma penal reprimiendo los actos de turbación de la posesión, no se consumó la restricción del uso y goce del inmueble, ni suscitó el riesgo de lesión del bien jurídico protegido” (f. 263 vta.).

En segundo lugar (b), el recurrente se agravia en que se habría ignorado que la zona en cuestión no forma parte de la propiedad del acusado. Esto si bien no es falso, tampoco es (aún) verdadero, en cuanto el dominio de la zona en la que se colocaron los carteles y se clausuró la tranquera es objeto de una disputa civil (véanse los autos N° 55.115).

Así, en el proceso no se consiguió acreditar la tenencia o posesión del inmueble a manos del denunciante, en tanto elemento del tipo del art. 181 inc. 3 Cód. Pen.

Conforme lo anterior, en el caso bajo análisis no solo existe incertidumbre en relación con la tenencia o posesión del inmueble por parte del denunciante, sino que, como ampliaré en el próximo apartado, la colocación de carteles y clausura de tranquera no son conductas violentas **creadoras de un riesgo jurídico-penalmente relevante** conforme lo prescripto por el art. 181 inc. 1 Cód. Pen. En consecuencia, la premisa mayor de la que parte el a quo para construir su silogismo desincriminante es verdadera; resta ahora ver si lo son también la premisa secundaria y, finalmente, la conclusión.

De acuerdo a lo manifestado, queda en claro que la estrategia de la parte querellante consiste en desplazar al plano penal una cuestión estrictamente civil. Este camino ya fue explorado por el ahora

acusado en los autos N° P-90.629/14 para pedir el cese de los efectos del delito sobre la franja de tierra disputada, con resultados desfavorables.

Por ende, al ser este un caso estructuralmente análogo, aunque ahora con los roles invertidos, la solución no puede ser muy distinta.

Por último, contestar los vicios in iudicando invocados impone plantear una pregunta hipotética: ¿cómo se analizaría el caso, si se lo pensara a la luz de las distintas categorías sistemáticas que componen la teoría del delito? Frente a ello, debo anticipar que la pretensión del recurrente tampoco tendría éxito.

En el plano del tipo se hace referencia a colocar tres carteles sobre un alambrado interno divisor de cuadros y clausurar una tranquera interna en un inmueble cuya posesión se encuentra en manos de la parte denunciante. Conducta que cumpliría con el supuesto contemplado en el art. 181 inc. 3 Cód. Pen.

Sobre la prueba de la posesión o tenencia y violencia exigidos por la figura penal endilgada ya me pronuncié en el apartado anterior: ninguno de estos extremos ha sido debidamente acreditado.

En otro orden de ideas, pero aun en el nivel de la tipicidad, la querrela postula que, ante la ausencia de configuración típica, igualmente habría de refutarse la conducta de Beneite Riera como tentativa de delito en relación con la figura del art. 181 inc. 1, esto es, usurpación de inmuebles.

Frente a este planteamiento cabe decir que ya en el plano formal no puede descartarse que exista un hecho diverso que no respetó el procedimiento establecido por el art. 392 CPP Mendoza, como correctamente puso de relieve el magistrado interviniente.

Ello así, el delito de usurpación –ya sea tentado o consumado– es distinto del que inicialmente se le intimó al acusado y lo sorprende en la etapa de los alegatos en orden al ejercicio de su derecho de defensa. Y, en la misma línea, si por un momento se dejara de lado esta objeción, tampoco se encontraría acreditada ni el aspecto subjetivo del delito, esto es, el conocer que se trata de un inmueble ajeno, en tanto el acusado lo cree propio, ni la intención de ocupar total o parcialmente el inmueble para consolidar la ocupación.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Carmen A. La Motta y Daniel Sosa Arditi en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión la misma cuestión, los Dres. Mario D. Adaro y Pedro J. Llorente adhieren, al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 265/276, por la parte querellante.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales de los Dres. Carmen A. La Motta y Daniel Sosa Arditi en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) en forma conjunta y a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos. Regístrese. Notifíquese.

3- NYMAN VILLEGAS. 26-03-19

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCE	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=24>

Lex: Art. 181 del CP. Art. 59 inc. 3°, 62 inc. 2°, 67 del CP

Vox: Usurpación por despojo. Prescripción. Actos interruptivos. Consumación. Delito continuado.

Summa:

El **Juzgado Correccional y Faltas** condenó a Marco Antonio Nyman Villegas y Adriana Marcela Moyano Echeverría a la pena de **seis meses de prisión**, como autores penalmente responsables del delito de usurpación por despojo (art. 181 inc. 1° del CPP).

La **defensa** interpone recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** resolvió declarar abstracto el tratamiento y resolución del recurso de casación planteado por su defensa contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado Correccional y de Faltas de General Alvear, remitiendo las actuaciones al tribunal de origen a los fines de que se pronuncie respecto de la vigencia de la acción penal y, en su caso, dicte el correspondiente sobreseimiento de Marco Antonio Nyman Villegas y Adriana Marcela Moyano Echeverría por el delito de usurpación por despojo (arts. 181 inc. 1°, 62 inc. 2° y 67, sexto párrafo, inc. e del CP).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 538, pronunciada por el Juzgado Correccional y Faltas- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ponce Torres
- Marquete, Omar
- Gallardo
- Farias Guajardo

Precedentes relacionados

- Ver Beneite. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=16>

Parágrafos destacados

Al respecto, cabe señalar que este Tribunal se ha expedido en relación a la naturaleza del delito de usurpación por despojo con anterioridad y ha considerado que es un delito «[d]e carácter instantáneo, de efectos permanentes, al quedar consumado en el momento en que se produce el despojo de la posesión o tenencia del inmueble» (conf. **“Gallardo, Ana”**).

Por ello, la prescripción de la acción empieza a correr desde la medianoche del día que se cometió el despojo, «[s]in que pueda alegarse contra ella la ulterior permanencia del imputado en la propiedad, puesto que se trata simplemente de un efecto subsiguiente a la consumación del delito que no modifica el carácter de este último [...]» (conf. **“Fariás Guajardo”**, CUIJ N° 13-02846450-3).

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(M.M.)

Fallo

CUIJ: 13-02847513-0((012174-10798701)). FC/ NYMAN VILLEGAS, MARCO ANTONIO Y MOYANO ECHEVERRIA, ADRIANA MARCELA P/ USURPACIÓN P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *102869538*

En Mendoza, a los veintiséis días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-02847513-0 caratulada "Fc/ Nyman Villegas, Marco Antonio y Moyano Echeverría, Adriana Marcela p/ Usurpación p/ Recurso ext. de casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Mario D. Adaro, segundo Dr. José V. Valerio y tercero Dr. Omar A. Palermo.

La defensa oficial, en representación de los imputados Marco Antonio Nyman Villegas y Adriana Marcela Moyano Echeverría, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 538 pronunciada por el Juzgado Correccional y de Faltas de General Alvear por medio de la cual se condenó a sus defendidos a la pena de seis meses de prisión, como autores penalmente responsables del delito de usurpación por despojo (art. 181 inc. 1° del CPP), que se les atribuye en los presentes autos N° 4.522/25.445 (fs. 101 y vta. y fundamentos a fs. 102/107 y vta.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. Mario D. Adaro dijo:

1.- Sentencia recurrida

En lo que interesa a la presente resolución, el Juzgado Correccional y de Faltas de General Alvear tuvo por acreditado que «[p]ara fecha nueve de febrero de dos mil doce, en horas que no pudieron ser determinadas con exactitud pero presumiblemente entre las 20:00 hs. y las 23:00 es que hoy imputados se hicieron presentes en la vivienda ubicada en calle 12 de Agosto, B° Municipal, M-d, C-05, y una vez allí, y con el conocimiento de que la misma estaba desabitada (sic), es que procedieron a ejercer fuerza sobre el portón de ingreso que se encuentra al sur logrando abrirlo para luego, y una vez liberado el paso, ingresar al interior del patio y desde allí ejercieron nuevamente fuerza sobre la puerta de ingreso a la cocina hasta lograr abrirla para así lograr ingresar al interior de la vivienda introduciendo sus pertenencias personales; además de ello, y una vez establecidos contraraton el servicio de un cerrajero, para abrir y cambiar la combinación de la cerradura de la puerta de ingreso a la vivienda, logrando con dicha conducta despojar a su propietario y poseedor» (fs. 102 y vta.).

Para tener por acreditado el hecho, valoró -entre las pruebas más relevantes- la declaración de los imputados y los testimonios de Gonzalo Adrián San Martín, Nélide Sabiuo López y Santiago Alfredo Fernández Velázquez, así como el acta de procedimiento obrante a fs. 01 y el testimonio del denunciante Gabriel Alberto Sánchez.

2.- Recurso de casación

La defensa formula recurso extraordinario de casación fundado en el art. 474 inc. 2° del CPP, esto es, por considerar que la sentencia aludida adolece de vicios in procedendo. Sostiene que la resolución no se encuentra fundada, motivo por el cual es nula a los términos del art. 416 inc. 4° del CPP.

En primer lugar, señala que la conducta atribuida a sus representados no puede ser subsumida en ninguno de los medios típicos de comisión del delito de usurpación. Sostiene que, del acta de constatación obrante a fs. 03, surge que no hubo violencia en el hecho, ya que la puerta utilizada para ingresar no posee picaporte y no se advierte que haya sido forzada, al igual que el portón de seguridad. En relación al cambio de cerradura que llevaron a cabo los imputados, sostiene que el mismo no fue realizado para cometer el delito de usurpación, sino para asegurar sus pertenencias personales.

Luego considera que no se verifican los requisitos objetivos del tipo penal en base al que se los condenó, en tanto las presuntas víctimas tenían el corpus civil de la tenencia del inmueble, mas no el animus domini dado que desde su entrega, dieciséis años atrás, nunca lo habían habitado. De tal modo, la conducta que se les atribuye sería atípica.

En tercer lugar, refiere que la valoración de la declaración indagatoria llevada a cabo por el a quo es arbitraria en tanto consideró admitido el hecho, pero arribó a esa conclusión a través de un mérito parcializado de la misma. De tal modo, vulneró el derecho de defensa en juicio y el debido proceso: la declaración del imputado debe considerarse un medio de defensa y no de prueba.

Finalmente, solicita que en la revisión del recurso se analice íntegramente la valoración de la prueba llevada a cabo por el a quo, sin limitar esa tarea más allá de lo que la falta de inmediatez requiera, a efectos de garantizar el doble conforme.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de expedirse sobre la vista que del recurso extraordinario se le confirió, el Procurador General considera que el recurso procede desde el punto de vista formal, pero debe ser rechazado en el fondo. A su entender sí ha existido un medio comisivo típico del delito de usurpación, previsto por el art. 181 inc. 1° del Código Penal, toda vez que la fuerza ejercida sobre el portón de ingreso para ocupar la propiedad ajena constituye un acto típico de violencia. Cita en apoyo de esa interpretación los precedentes “Ponce Torres” y “Marquete, Omar” de esta Suprema Corte de Justicia.

Del mismo modo, considera que el argumento de la defensa relativo a que el inmueble se encontraba deshabitado y por ello tendría el carácter de cosa abandonada, cae ante la circunstancia de que tenía medida asegurativas que acreditan el animus domini sobre el mismo por parte del denunciante.

En relación a la valoración de la declaración indagatoria del imputado como prueba de cargo, el señor Procurador General refiere que este acto, por ser defensivo, se realiza de modo distinto a la declaración testimonial -que puede ser compulsiva y en la que debe decirse la verdad-. No implica, sin embargo, que no pueda valorarse por el a quo y conducirlo a formar una convicción desfavorable de quien la presta.

Por tales razones, considera que debe rechazarse el recurso defensivo.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, debe adelantarse que un pronunciamiento de este Tribunal en relación al recurso extraordinario de casación deducido por la defensa no resulta procedente, por encontrarse la acción extinta por prescripción.

De forma preliminar cabe señalar que -según la jurisprudencia sostenida de este Tribunal- la prescripción de la acción penal es una cuestión previa a analizar en materia recursiva, por lo que su tratamiento en este estadio aparece procedente (conf., L.A. 208:169, L.S. 296:233, entre otros). Vale aclarar, asimismo, que en autos se analizará la prescripción de la acción seguida contra los imputados y no de la pena que

les fue impuesta, en tanto la sentencia condenatoria que la dispuso no adquirió firmeza por haber sido impugnada por la defensa.

a. La vigencia de la acción en autos

De la compulsión de los presentes obrados se advierte que los actos interruptivos de la acción que -de conformidad con lo previsto por el **art. 67, sexto párrafo del Código Penal**- se registraron en el presente proceso son: i) la orden de tomar declaración indagatoria a los acusados, de fecha 22/02/12 (fs. 47); ii) el requerimiento de citación a juicio por parte del fiscal, del 16/05/12 (fs. 74/77); iii) la citación a juicio, de fecha 04/06/12 (fs. 78); y iv) la sentencia condenatoria, pronunciada el día 06/11/12 (fs. 101 y vta.).

Asimismo, no se advierte la existencia de otras causales de interrupción ni suspensión del curso de la prescripción. En efecto, los antecedentes penales obrantes en autos, requeridos por el Juzgado de origen a f. 139 en oportunidad de verificar la prescripción de la acción, dan cuenta de la inexistencia de nuevas condenas por parte de los imputados desde la comisión del delito por el cual se los condenó en los presentes autos.

Ahora bien, el delito atribuido a Marco Antonio Nyman Villegas y Adriana Marcela Moyano Echeverría es el de usurpación por despojo (art. 181 inc. 1° del CP), que prevé una pena de seis meses a tres años de prisión.

Ello determina, de conformidad con la norma contenida en el **art. 62 inc. 2° del CP**, que la acción prescriba tres años después del último acto interruptivo de la prescripción, en este caso, la sentencia condenatoria de fecha 06/11/12. Esto equivale a decir que la acción pública seguida en autos prescribió el día 06/11/15.

b. Por otro lado, a fs. 138 la Secretaría de esta Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia advirtió la posible prescripción de la acción, motivo por el cual remitió los autos al Tribunal de origen a efectos de que, previa verificación de la inexistencia de otras causales interruptivas, se pronunciara sobre la vigencia de la acción en autos.

Si bien el a quo requirió informes de antecedentes penales de los imputados y corroboró la no comisión de nuevos delitos, declaró no prescripta la acción penal por considerar que el delito de usurpación es un delito continuado, constituido por varias acciones violatorias de un mismo género de delito, ejercidas con unidad de intención (fs. 165/166).

Afirmó que la usurpación es un **delito permanente**, cuya consumación se prolonga en el tiempo mediante una acción que se perfecciona de manera ininterrumpida y que genera un «estado de consumación».

De manera tal que, como los imputados aún residen en el inmueble objeto del delito -lo que corroboró mediante una encuesta ambiental solicitada por la representante del Ministerio Público Fiscal, fs. 157 y 159/161-, la acción penal se encontraría vigente.

Al respecto, cabe señalar que este Tribunal se ha expedido en relación a la naturaleza del delito de usurpación por despojo con anterioridad y ha considerado que es un delito «[d]e carácter instantáneo, de efectos permanentes, al quedar consumado en el momento en que se produce el despojo de la posesión o tenencia del inmueble» (conf. **“Gallardo, Ana”**).

Por ello, la prescripción de la acción empieza a correr desde la medianoche del día que se cometió el despojo, «[s]in que pueda alegarse contra ella la ulterior permanencia del imputado en la propiedad, puesto que se trata simplemente de un efecto subsiguiente a la consumación del delito que no modifica el carácter de este último [...]» (conf. **“Farías Guajardo”**, CUIJ N° 13-02846450-3).

c. Por los motivos expuestos, corresponde en primer lugar declarar abstracto el tratamiento y resolución del recurso de casación planteado por la defensa contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado Correccional y de Faltas de General Alvear.

En segundo lugar, remitir los presentes obrados al Tribunal de origen a efectos de que emita un nuevo pronunciamiento sobre la vigencia de la acción penal de conformidad al criterio delineado en el considerando anterior y, en su caso, dicte el correspondiente sobreseimiento de Marco Antonio Nyman Villegas y Adriana Marcela Moyano Echeverría por el delito de usurpación por despojo (art. 181 inc. 1° del CP).

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Omar A. Palermo adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Mario D. Adaro dijo:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde declarar abstracto el tratamiento y resolución del recurso formulado por la defensa y remitir los presentes autos al Tribunal de origen, a sus efectos.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

- 1.- Declarar abstracto el tratamiento y resolución del recurso de casación planteado por su defensa contra la sentencia condenatoria pronunciada por el Juzgado Correccional y de Faltas de General Alvear a fs. 101/107 vta.
- 2.- Remitir las actuaciones al tribunal de origen a los fines de que se pronuncie respecto de la vigencia de la acción penal y, en su caso, dicte el correspondiente sobreseimiento de Marco Antonio Nyman Villegas y Adriana Marcela Moyano Echeverría por el delito de usurpación por despojo (arts. 181 inc. 1°, 62 inc. 2° y 67, sexto párrafo, inc. e del CP).

Regístrese. Notifíquese.

4- ARGAÑARAZ CARABELLI. 07-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	FS	-	PCE	-	-	A	-	CR	UP	-	-	-	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=47>

Lex: art. 239, 184 inc. 1°, 55 y 58 del CP. Arts. 414 y 474 del CPP.

Vox: Desobediencia. Resistencia a la autoridad. Daño agravado. Concurso real. Unificación de pena. Atipicidad. Valoración de la prueba. Nexo causal. Absolución. Motivación de Sentencia.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de **tres meses de prisión** como autor responsable del delito de desobediencia a la autoridad –antes calificado como resistencia a la autoridad– en concurso real con daño agravado (arts. 239, 55, 184 inc. 1 –antes calificado como inc. 5– del Cód. Penal), unificando la condena con una pena impuesta anteriormente en la pena única de **seis años y ocho meses de prisión**.

La **defensa técnica** del encartado interpuso Recurso de Casación contra la Sentencia dictada.

El **Procurador** entendió que debía ser rechazado el recurso articulado por considerar que el quejoso sólo discrepa de la valoración de las pruebas, encontrándose la sentencia fundada y los hechos subsumidos correctamente en derecho.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de D.P.A.C. imponiendo las costas a la vencida. Regular Honorarios profesionales. Tener por presente la reserva formulada y remitir las actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 201, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

Ver: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

- L.S. 186-427
- L.S. 153-011
- L.S. 354-218
- L.S. 392-94
- L.S. 397-177
- L.S. 400-240
- L.S. 407-155
- L.S. 419-17
- L.S.397-237
- L.S.388-024

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo.

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04494328-4/1((018601-38807)). FC/ ARGÑARAZ CARABELLI DIEGO PAUL P/ DAÑOS AGRAVADOS (38807) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104575952*

En Mendoza, a los siete días del mes de mayo de dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04494328-4/1 caratulada "F. c/ Argañaraz Carabelli, Diego Paul p/ daños agravados s/ casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro, y tercero Dr. Omar A. Palermo.

La defensa de Diego Paul Argañaraz Carabelli interpone recurso de casación (fs. 200/202 vta.) contra la sentencia N° 201 en tanto condena al nombrado a la pena de tres meses de prisión como autor responsable del delito de desobediencia a la autoridad –antes calificado como resistencia a la autoridad– en concurso real con daño agravado (arts. 239, 55, 184 inc. 1 –antes calificado como inc. 5– del Cód. Penal), unificando la condena con la impuesta en autos 125.010/14 en la pena única de seis años y ocho meses, pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 11 de mayo de 2018 a la 1 hora personal de la UEP de Capital estaba realizando maniobras preventivas en Mitre y Pellegrini de Ciudad, cuando observaron un Ford Escort blanco que no se detuvo al hacerle señas para realizar un control, por lo que salieron a perseguirlo con sirena y balizas encendidas, no obstante lo cual el conductor hizo caso omiso a la orden y puso en peligro la vida de terceros, al pasar semáforos en rojo. Luego entró al barrio San Martín y se detuvo en Los Reyunos y Llananelo, donde se individualizó al imputado y se lo aprehendió. Cuando ya estaba en el interior del móvil comenzó a arrojar patadas a la puerta trasera izquierda, provocando su descuadre en un centímetro aproximadamente hacia el sector externo.

2.- Recurso de casación

Se queja la defensa porque se valoró incorrectamente la prueba.

Con relación al delito del art. 239 Cód. Penal, expresa que la mera resistencia pasiva no se computa como tal, si el sujeto no está jurídicamente obligado, y un sujeto no está obligado a dejarse conducir detenido.

Pide que se absuelva a su pupilo desde que no hubo despliegue de medios violentos para trabar el cumplimiento de la detención, por lo que la conducta es atípica

Sobre el daño agravado, señala que no comparte el razonamiento empleado por el a quo, ya que no se analizó el testimonio de los policías, quienes no fueron coherentes en sus respuestas.

Se agravia también porque no se ha demostrado el nexo causal entre la conducta del imputado y el daño, omitiéndose valorar que Quiroga dijo que advirtieron el daño cuando llegaron a la comisaría y no cuando escucharon los golpes.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque el quejoso discrepa con la valoración de las pruebas, encontrándose la sentencia fundada y los hechos subsumidos correctamente en derecho.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la motivación de la sentencia es suficiente a los efectos de su mantenimiento como acto procesal válido, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la reiterada jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

De esta forma, la a quo se ha basado en las pruebas rendidas –especialmente en la testimonial y en la instrumental, que concuerda con la primera– y las ha valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el quejoso no ha logrado demostrar.

Al respecto, la inferior asevera que los dos policías que intervinieron declararon de manera coherente, espontánea, sincera, sin contradicciones, demostrando franqueza en sus respuestas y carencia de interés en el resultado del pleito, sin signos de mendacidad o fabulación, lo que pudo percibir en virtud de la inmediación propia del debate (fundamentos, fs. 193 vta), impresión con la que el quejoso disiente, proponiendo una valoración diferente de esos testimonios tendiente a negarles veracidad.

Además, esgrime que el daño en el móvil lo produjo otro detenido al que habrían llevado con anterioridad y no su pupilo, sobre la base de que el funcionario policial Quiroga dijo que lo detectaron recién cuando llegaron a la comisaría y no cuando escucharon los golpes que le propinó el encartado (recurso, fs. 202 vta.), aspecto que carece de relevancia a los fines de descartar su autoría, en el contexto de autos.

O sea, el recurso contiene una discrepancia con el criterio que la a quo usó para ponderar las probanzas, insusceptible de modificar la decisión que se adopta, según surge de la revisión efectuada y ha sido dicho con antelación (L.S. 400-240, 407-155, entre otros); discrepancia que se reitera en otros pasajes del recurso, por ejemplo, cuando afirma el impugnante que el cuadro probatorio es débil sin otra base más que su opinión personal (recurso, fs. 202 vta).

A esto se suma que el recurrente en su crítica soslaya que la juzgadora desarrolló lo atingente a la falta de tipicidad de los hechos, tema que él mismo introdujo con anterioridad y que en esta etapa simplemente reitera, sin refutar los argumentos en virtud de los cuales se rechazó tal atipicidad.

En efecto, quedó acreditado que el encausado no acató la orden policial de detener el rodado que manejaba, admitiendo la magistrada que no se probó el uso de medios violentos (fundamentos, fs. 195 vta.), por lo que el agravio vertido en este sentido, carece de sustento.

Por último, el pedido de absolución por la duda debe ser rechazado, toda vez que ésa es la solución que ha dado este Cuerpo, cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación por parte de los miembros del tribunal, lo que se ha verificado en esta causa (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. Mario D. Adaro adhiere al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión el Dr. José V. Valerio, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. Mario D. Adaro adhiere al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 200/202 vta. por la defensa de Diego Paul Argañaraz Carabelli.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Diego Pablo Henríquez Guevara para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva formulada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

5- BARRAZA. 16-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	-	SJP	N	474

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=61>

Lex: Arts. 26, 30, 364, 474 inc. 1°, 475; 478 inc. 3 y 486, todos del CPP. Arts. 76 bis y 172 del CP. Ley 9040 y art. 18 C.N.

Vox: Estafa. Suspensión del Juicio a Prueba. Requisitos para la procedencia. Plazo. Restricción temporal para la interposición de instituto procesal. Notificación de imputados. Principio de reserva legislativa provincial. Exceso ritual manifiesto. Arbitrariedad. Nulidad.

Summa:

La Excma. **Séptima Cámara del Crimen** - 1° CJ, no hizo lugar a la solicitud de Suspensión del Juicio a prueba impetrada por la defensa de los co-imputados de autos.

La **defensa técnica** de los endilgados interpone formal recurso de casación contra la resolución dictada por el Tribunal, tildando a la misma de arbitraria y violatoria de principios constitucionales, tales como - el debido proceso legal, igualdad ante la Ley, derecho de defensa en juicio, acceso a la justicia y tutela judicial efectiva- e implicando un exceso ritual manifiesto.

El **Procurador General** considera que el recurso en cuestión formalmente resulta procedente e ingresando al fondo del asunto dictamina que debe casarse la resolución y hacer lugar a la Suspensión del Juicio a Prueba.

La **SCJM** hizo lugar al recurso formulado. Anuló la resolución dictada y remitió el proceso al TPC 1 a fin que se resuelva nuevamente el planteo en cuestión.

Resolución cuestionada: Resolución dictada por la Séptima Cámara del Crimen (hoy TPC N°1)- 1° CJ.

Doctrina citada:

BOVINO, A., Lopardo, M. y Rovatti, P., Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Editores del Puerto, 2013, pp. 225-226

Precedentes citados

a- CSJN

- “Acosta”
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=642484&cache=1687893528970>
- “Nanut”
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=654773&cache=1687893377192>
- “Norberto”

b- SCJM

- Bermejillo Coulon. 11-09-12
- Lecek Petrena. 20-04-04.

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/fal.php?fallo=MDQxOTkxODc=&tabla=c2M=>

“El art. 76 bis del Código Penal refiere que ha ser el imputado el que solicite el beneficio allí consignado y tal voluntad no puede ser suplida por la presentación de un escrito de solicitud por parte de su abogado defensor. El imputado se convierte en sujeto del proceso, y su posición queda garantizada, cuando el pedido de suspensión **es personalmente formulado**, dado que es él quién habrá de cumplir con los recaudos y exigencias, que el mismo código sustantivo prevé.... En los supuestos de delitos conminados con la pena de inhabilitación sea principal, conjunta o alternativa, no corresponde el beneficio de la suspensión del juicio a prueba.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo

(S.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-03828024-9/1((010507-11061)) FC/BARRAZA GONZALEZ MARCOANTONIO Y BARRAZA LOPEZ DIEGO RODRIGO JAVIER P/ESTAFA GENERICA P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN*103869781*

En Mendoza, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03828024-9/1, caratulada "F.c/ Barraza González, Marcoantonio y Barraza López, Diego Rodrigo Javier p/ estafa genérica p/ recurso ext. de casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Mario D. Adaro, y tercero el Dr. Omar A. Palermo.

La defensa de Marcoantonio Lázaro Barraza González y Diego Rodrigo Javier Barraza López interpone recurso de casación contra el auto dictado por la Séptima Cámara del Crimen de la Primer Circunscripción que rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas.

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

1.- Resolución recurrida

La Jueza de la Séptima Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción de Mendoza no hizo lugar a la solicitud de suspensión del juicio a prueba interpuesta por la defensa de los imputados Barraza González y Barraza López (fs. 721 y vta.).

Esto en razón de considerar que la presentación de la defensa se había efectuado **fuera del plazo previsto para la citación a juicio (art. 364 del CPP)** y que, en consecuencia, violaba lo normado por el art. 30 del CPP al respecto.

Fundamentó, en este sentido, que la restricción temporal para la interposición de instituto procesal solicitado es un tema típicamente procedimental cuya regulación corresponde a la esfera provincial e hizo referencia a que se trataba de un plazo perentorio.

Justificó su interpretación en jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia en ese sentido.

A ello agregó que la negativa a la concesión manifestada por el representante de la querrela se encontraba debidamente fundada.

2.- Recurso de casación

La defensa de Marcoantonio Lázaro Barraza González y Diego Rodrigo Javier Barraza López interpone recurso de casación contra el auto dictado por la Séptima Cámara del Crimen de la Primer Circunscripción que rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada a tenor de los arts. 474 inc. 1, 475 y 478 inc. 3 del CPP.

Cuestiona, que en el caso de autos, la afectación del principio de igualdad ante la ley, el derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal, de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

Afirma que el señor fiscal prestó su consentimiento para el otorgamiento del instituto procesal solicitado, aun habiendo sido presentado de forma extemporánea, por enrolarse en la tesis amplia y considerar que se reunían todos los presupuestos legales para su concesión.

Alega que el Máximo Tribunal nacional, en los precedentes «Acosta», «Nanut» y «Norberto», ha establecido el criterio según el cual no puede contradecirse el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, por lo que cuando existe posibilidad de aplicar el instituto de condena de ejecución condicional al caso no puede obstaculizarse la procedencia de la probation.

En relación a las contradicciones entre las normas procesales y las de fondo, cita doctrina que asegura la **reserva de la legislación procesal por parte de la provincia** es un principio rector y no un límite absoluto. Según esta postura la legislación procesal nacional puede establecer criterios mínimos para todo el país, con la consecuencia de que todos los habitantes gozarán con un grado de realización legislativa de garantías procesales no inferior a los que establece la ley federal.

Así, entiende que las normativas procesales provinciales pueden superar y perfeccionar ese estándar mínimo sostenido a nivel nacional.

En consonancia con todo ello, afirma que por ser procedente la condena de ejecución condicional por el delito que se imputa, ambos imputados carecen de antecedentes y que existe consentimiento fiscal, correspondería conceder la suspensión del juicio a prueba.

Asevera que, por el contrario denegar el instituto procesal, implica un exceso ritual manifiesto y arbitrario que hace perder un derecho de fondo para ambos imputados y que otorga la legislación nacional.

Finalmente, para el caso de que no se haga lugar a lo peticionado, hace reserva de caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General dictamina en relación con el recurso de casación interpuesto y, respecto a su procedencia formal, señala que la impugnación es admisible y que, por lo tanto, corresponde ingresar a analizar el fondo.

Afirma que debe hacerse lugar al recurso de casación por ser el instituto de suspensión de juicio a prueba una restricción a derechos propios, cuyo cumplimiento constituye condición de la extinción de la acción penal, que requiere la notificación personal a los imputados, como establece la **Resolución de Procuración N° 718/2016**.

Según advierte, en el caso de autos solamente se notificó a los imputados la realización del debate el día 1 de noviembre de 2017 y allí presentaron la solicitud de suspensión de juicio a prueba.

Entiende que los principios de oportunidad enumerados en el artículo 26 del Código Procesal Penal deben ser solicitados en los plazos legales establecidos, pero al colocar en la persona del imputado, como derecho y poder autónomo, la posibilidad de pedir la suspensión del juicio a prueba y ser un acto personalísimo, este acto debe ser notificado de forma personal. Todo lo que en el caso de autos no sucedió. Por ello concluye que la presentación no debe considerarse extemporánea.

En razón de lo expuesto, considera que corresponde casarse la resolución y hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Examinadas las actuaciones incorporadas a la presente, considero que en el caso de autos debe hacerse lugar al planteo formulado por la defensa de los imputados Barraza López y Barraza González, por los argumentos que se exponen a continuación.

Este Tribunal ha establecido en diversos precedentes que resulta válida la regulación que el legislador provincial ha efectuado en el art. 30 del CPP, en tanto afirma que «[l]a suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (art. 364 C.P.P.)[...]», por ser un tema típicamente

procedimental, cuya regulación corresponde a la esfera provincial [...]» y que «[...]el término es perentorio, por lo que, si las atribuciones que acuerda el artículo no se ejercitan durante el transcurso, se pierde el derecho a hacerlo con posterioridad (caducidad)[...]» (cfr. autos N° 99.563, caratulados: «Fc/BERMEJILLO COULON, Diego Martín p/Falsificación de Instrumento Público s/Casación» de fecha 11/09/12).

Es decir, el art. 30 del CPP impone un límite temporal a la interposición del instituto procesal de suspensión de juicio a prueba, facultad que otorga principalmente al imputado al afirmar «El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar[...]».

Ahora bien, en razón de que los actos procesales que se examinan se produjeron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 9.040, el caso de autos debe ser analizado bajo la normativa procesal vigente al momento de resolverse la decisión cuestionada. Ello, a efectos de determinar si se dio cumplimiento a lo legalmente prescripto.

Como puede apreciarse de las constancias agregadas en el expediente la elevación a juicio de la causa ocurrió en fecha 27 de febrero de 2015, la citación a juicio el día 30 de septiembre de ese mismo año y la fijación de audiencia de debate en fecha 5 de agosto de 2016, es decir, y como se adelantó, antes de la entrada en vigencia de la ley 9.040.

Según establecía el entonces art. 364 del CPP «[i]ntegrado el tribunal, el vocal actuante o el Presidente – según corresponda– citará, bajo pena de nulidad, al fiscal, a las partes y defensores, a fin de que en el término común de cinco (5) días comparezcan a juicio[...]». Como puede apreciarse, la notificación de la citación a juicio al acusado tiene por objeto garantizar derechos fundamentales del imputado, por cuanto se vincula directamente al ejercicio de derechos como es solicitar en el caso de autos la suspensión del juicio a prueba.

En particular, respecto al instituto solicitado esta Suprema Corte de Justicia ha considerado que es un derecho del imputado y que, en consecuencia, es él quien debe solicitar su aplicación («**Lecek Petrena**», entre otros).

Así, se ha afirmado que la petición efectuada por el abogado defensor del imputado no debe suplantar la solicitud del encartado, sino asistirlo en su presentación.

En este sentido se ha aseverado que «[l]as condiciones tanto objetivas como subjetivas del instituto, involucran directa y personalmente al imputado, lo que justifica la exigencia de la petición personal del beneficio de la suspensión del juicio a prueba. El imputado se convierte en sujeto del proceso, y su posición queda garantizada, cuando el pedido de suspensión es personalmente formulado, dado que es él quién habrá de cumplir con los recaudos y exigencias, que el mismo código sustantivo prevé» (conf. «**Lecek Petrena**», L.S. 335-230).

Por su parte, la doctrina especializada considera que la suspensión del juicio a prueba «[...] implica la renuncia expresa a derechos fundamentales de aquel a quien se aplica, representados sintéticamente por su derecho al juicio -juicio previo, inocencia- y, dentro de él, por su derecho a resistir la imputación -defensa-, razón por la cual se torna imprescindible su decisión voluntaria. [...] Se trata de un acto personalísimo vinculado al derecho irrenunciable a decidir si se suspende el proceso o si se ejerce el derecho al juicio previo garantizado en la CN (art. 18)» (**Bovino, A., Lopardo, M. y Rovatti, P.**, Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica, Editores del Puerto, 2013, pp. 225-226).

Siguiendo el orden de ideas que vengo desarrollando, lo prescripto por el entonces art. 364 del CPP, bajo pena de nulidad, en relación a la citación a juicio a las partes tiene un impacto directo respecto del

ejercicio del acto personalísimo del imputado de solicitar o ratificar el pedido de su defensor de la suspensión de juicio a prueba.

Es decir, la notificación que impone este artículo es requisito necesario para que sea operativo el valladar establecido por la norma procesal provincial –art. 30 del CPP–, a los fines de que el imputado pueda tomar conocimiento y ejercer los derechos reconocidos en consecuencia.

Según surge de las constancias incorporadas en el expediente, el decreto efectuado el día 30 de setiembre de 2015 que ordenó citar a las partes para que en el término común de cinco días comparecieran a juicio fue únicamente notificado al defensor de los imputados y al querellante.

En tanto que no se efectuó la notificación pertinente a los imputados Diego Barraza López y Marcoantonio Barraza González de la citación a juicio, se incumplió -en consecuencia- lo ordenado en el artículo 364 del CPP, acto procesal de decisiva importancia para garantizar a los imputados el derecho irrenunciable a solicitar la suspensión del juicio a prueba.

Recién en fecha 5 de octubre de 2017 se ordenó hacer comparecer a los imputados Barraza López y Barraza González a efectos de notificárseles la fecha de audiencia de inicio de debate (fs. 701), lo que ocurrió el día miércoles 1 de noviembre de ese año (fs. 711). El día lunes 6 de noviembre de 2017 –tercer día hábil posterior a la notificación de los imputados–, previo al inicio del debate, el defensor de los sindicados interpuso, por escrito, la solicitud de suspensión de juicio a prueba. El pedido resultó suscripto por sus representados (fs. 717/719).

Asimismo, en la audiencia oral se hizo alusión a la presentación interpuesta, oportunidad en la que los imputados afirmaron estar en conocimiento de la presentación y ratificaron su consentimiento para la aplicación.

En tanto que el Ministerio Público Fiscal expuso que «[...]atento a la naturaleza del delito, la carencia de antecedentes penales y la pena que correspondería en caso de resultar condenado, se encuentran dadas las condiciones formales para poder acceder al beneficio solicitado, por ello este Ministerio Público va a prestar su consentimiento para que se otorgue por el término de dos años».

Por lo que –entiendo– no puede ser considerada extemporánea la interposición de la solicitud de suspensión del juicio a prueba por no haberse dado cumplimiento hasta ese entonces a la notificación requerida por el art. 364 del CPP, motivo por el cual debe hacerse lugar al planteo de la defensa.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento a todo lo expuesto, corresponde anular la resolución dictada a fs. 721/722 por la Séptima Cámara del Crimen, y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se resuelva nuevamente el planteo de suspensión del juicio a prueba efectuado por la defensa de los imputados Marcoantonio Barraza González y Diego Barraza López (art. 486 del CPP).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. José V. Valerio dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. Mario D. Adaro adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en forma definitiva, se

Resuelve:

1.- Hacer lugar al recurso formulado en autos, anular la resolución de fs. 721/722, y remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N°1 a fin de que la OGAP siga el trámite de ley, conforme al resultado aquí arribado, a efectos de que se resuelva nuevamente el planteo de suspensión del juicio a prueba efectuado por la defensa de los imputados Marcoantonio Barraza González y Diego Barraza López (art. 486 del CPP).

2.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Eduardo F. Angaroni para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese.

6- CASELLES ANDREONI. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI.	-	-	-	-	-	CO P1°	-	-	-	-	-	-	474 -1° 414

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCaselles.pdf

Lex: Arts. 45 y 173 inc.11 del CP, 414 y 474 inc. 1 del CPP.

Vox: Desbaratamiento de derechos acordados. Pluralidad de sujetos activos. Absolución.

Summa:

El **TPC** absolvió a los acusados M.G.C. y R.N.R. por su presunta intervención en calidad de autores en el delito de defraudación en la modalidad de desbaratamiento de derechos acordado y a C.A.C. como partícipe primario en el delito antes mencionado.

La **querrela particular** impugna la resolución antes mencionada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del CPP, es decir, por advertir la presencia de vicios in iudicando.

El **Procurador General** entiende que el recurso de casación incoado no resulta sustancialmente procedente y que debe confirmarse la resolución impugnada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N°154, pronunciada por el TPC N° 1- 1° CJ.

Precedentes citados

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(S.B)

Fallo:

CUIJ: 13-04461411-6/1((018601-136050)) FC/CASELLES ANDREONI CRISTIAN A. P/PARTICIPE PRIMARIO ... Y CASTILLO MARCELO G. Y RODRIGUEZ ROXANA N. P/DEFRAUDACION: DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (136050) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104542456*

En Mendoza, a cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ N° 13-04461411-6/1, caratulada "FC/ CASELLES ANDREONI CRISTIAN A. P/PARTICIPE PRIMARIO Y CASTILLO MARCELO G. Y RODRÍGUEZ ROXANA N. P/ DEFRAUDACIÓN: DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La querella particular interpone recurso de casación (fs. 1496/1515) contra la sentencia N° 154 dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 y sus fundamentos (fs. 1483/1484 y fs.1485/1494, respectivamente), en tanto absuelve a los acusados Marcelo Gustavo Castillo y Roxana Noemí Rodríguez por su presunta intervención en calidad de autores en el delito de defraudación en la modalidad de desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11° en función con el art. 45 del C.P.); conducta que se le atribuyera en los autos N° P-136.050/15.

Asimismo, interpone dicho recurso en tanto la sentencia mencionada absuelve a Cristian Alberto Caselles por su intervención en calidad de partícipe primario en el delito de defraudación en la modalidad de desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11° en función con el art. 45 del C.P.); conducta que se le atribuyera en los autos N° P-136.050/15.

A su vez, a los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

I.- La resolución recurrida

En fecha 28 de agosto de 2018, el tribunal a quo absolvió a los acusados de autos por entender que no se acreditaban los elementos del tipo penal imputado, en concreto, la doble enajenación ilícita de un bien a dos personas distintas con derechos contrapuestos. De acuerdo con la plataforma fáctica elevada a juicio, «en fecha 15 de agosto de 2014, Carlos Federico Catalini y su esposa la Sra. Ivonne Gutiérrez Ruiz, realizaron un convenio de compraventa con el matrimonio compuesto por el Sr. Marcelo Castillo y la Sra. Roxana Rodríguez por la compra de un inmueble ubicado en calle Tres Arroyos N° 1673, del Barrio Trece de Julio, M-C, C-2 de Godoy Cruz por un valor de compra de \$1.250.000 (pesos un millón doscientos cincuenta mil). Entregando en dicha oportunidad la suma de u\$s 35.000 (treinta y cinco mil dólares), suma que asciende a un total de \$450.000 (pesos cuatrocientos cincuenta mil), comprometiéndose en dicho boleto a pagar dos cuotas de \$400.000 (pesos cuatrocientos mil) cada una, a los treinta y sesenta días. En dicho contrato las partes convienen además, que los compradores recibirían la posesión del inmueble, al momento de efectuarse el pago de la segunda cuota. Que posteriormente, conforme surge de fs. 02, el Sr. Catalini entregó la suma de \$360.000 (pesos trescientos sesenta y cuatro mil) en efectivo, en concepto

de pago parcial y a cuenta de lo convenido, quedando como consecuencia, un saldo de \$436.000 (pesos cuatrocientos treinta y seis mil). Encontrándose pendientes las negociaciones para abonar el saldo del precio convenido para el total de la operación, el día 29 de enero de 2015, Roxana Noemí Rodríguez y Marcelo Gustavo Castillo, simularon la venta del inmueble con un supuesto tercero de buena fe, el Sr. Cristian Alberto Caselles por la suma de \$500.000, quien prestó la ayuda necesaria para concretar la transferencia a su nombre, firmando en forma concomitante a la venta, un contrato de alquiler sobre la propiedad por el plazo de cuatro años, con los mismos vendedores pero ahora en calidad de locatarios, para transferirlo nuevamente a nombre de María Belén Bertona en fecha 23/10/15, nueve meses después de haberlo adquirido, imposibilitando en consecuencia, los derechos de Catalini y Gutiérrez sobre el inmueble» (ver fundamentos, fs. 1486).

Para decidir la absolución de los acusados, el tribunal entendió que el denunciante no pudo demostrar, debido a su propio incumplimiento contractual, el derecho personal a la entrega del inmueble en cuestión. Además, resaltó que la disposición jurídica que realizaron los vendedores en favor de terceras personas no resultaba reprochable, toda vez que no pudo acreditarse la existencia de ninguna medida cautelar dictada por juez competente, ni tampoco un certificado del Registro de la Propiedad Inmueble que limitaran la disposición del inmueble (ver fundamentos, fs. 1494).

II.- El recurso de casación

La querrela particular impugna la resolución antes mencionada en razón de lo dispuesto por el art. 474, inc. 1° del C.P.P. de la provincia de Mendoza, es decir, por advertir la presencia de vicios in iudicando.

Transcribe pasajes de la sentencia e indica que el tribunal se equivocó al sostener que no hubo una operación ilícita posterior a la celebración del primer boleto de compraventa a favor de Catalini.

Explica que, tras celebrarse dicho convenio, hubo una novación o recibo en el que se constató el pago de más del 80% de la operación y que, luego, los acusados celebraron otro boleto de compraventa a favor de un tercero -Castelles- y lo transfirieron.

Repasa los argumentos con los que el tribunal de mérito afirmó que Catalini incurrió en mora automática al no pagar en tiempo las cuotas convenidas, y sostiene que la magistratura nada dijo de la primera reunión que mantuvieron las partes en una sucursal del Banco Nación, que se vio frustrada porque los imputados no actualizaron los planos de la vivienda.

Afirma que el tribunal de sentencia ratificó la voluntad de las partes a seguir negociando, constatada en la celebración de un recibo en el que se fijaron otras condiciones y plazos para la operación, y entiende que, desde esta premisa, la sentencia adquirió un sentido equivocado, porque se pretendió darle una orientación civilista a la responsabilidad del denunciante por el incumplimiento. Realiza precisiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el delito de desbaratamiento de derechos acordados.

Entiende que el tribunal de juicio incurrió en diversas contradicciones y las precisa. Así, aduce que el a quo sostuvo que el contrato no se había cumplido, pero, por otro lado, aceptó que las partes seguían negociando el pago del inmueble.

Asimismo, que el tribunal manifestó que el contrato de compraventa de los acusados y Catalini no había sido sellado ni sus firmas certificadas, cuando en audiencia de debate el denunciante explicó que debió pedir un préstamo para cubrir los gastos de sellado y certificación. Apunta que el proceso de desbaratamiento de derechos sobre el inmueble se inició con la intervención de Armitano Puebla, abogado de los acusados, en la operatoria, y que la maniobra no hubiese sido posible sin la intervención necesaria de la escribana Tello.

Advierte que el tribunal omitió valorar las constancias del expediente N° 1556 del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la Ciudad de Mendoza, en el que se sanciona al abogado Armitano Puebla por su participación en estos autos.

Opina que no es comprensible que el magistrado de sentencia haya hecho lugar al pedido de extracción de compulsa penal para investigar la conducta del abogado Puebla y de la escribana Tello, para a continuación absolver a los imputados.

Manifiesta que nunca hubo una resolución de contrato y sí una clara voluntad de los compradores de continuar las negociaciones para adquirir el inmueble. Entiende que las implicancias civiles del contrato deben dilucidarse en el fuero civil, y que lo relevante para el fuero penal es que el día 29 de enero de 2015 las partes se reunieron para seguir negociando la cancelación del saldo adeudado. Además, indica que los vendedores transfirieron la propiedad a Caselles por un precio "vil" de \$500.000 y que celebraron el mismo día un contrato de alquiler en el que le devolvían ese monto en 54 cuotas de \$9.000.

Sobre este último acuerdo, la querella advierte que el tribunal a quo ratificó la postura de la acusación, al señalar que las actuaciones incorporadas demuestran que Caselles no tenía los fondos necesarios para realizar la compra del inmueble.

Según entiende el recurrente, esto indica que la operación fue simulada para estafar a su representado. Concluye al indicar que el sentenciante se limitó a enumerar artículos del Código Civil vigente al momento de celebración del contrato y que no realizó una valoración de las constancias del expediente.

Por lo señalada, solicita la casación de la sentencia recurrida y la consecuente condena de los acusados.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras repasar los argumentos del recurrente, sostiene que el recurso de casación incoado no resulta sustancialmente procedente y que debe confirmarse la resolución impugnada.

Afirma que la presentación recursiva invoca errores no dirimientes -como si el contrato de compraventa fue sellado o no-, y explica que esto surge con claridad porque el a quo se encargó de resaltar que la falta de sellado o certificación de firmas no eran relevantes, debido al reconocimiento que las partes hicieron de los convenios celebrados.

Explica que la insistencia del recurrente respecto de la imposibilidad para conocer el origen de los fondos con los que Caselles adquirió la propiedad, es un tópico insusceptible de constatación.

Ello atento el testimonio del propio Caselles, quien dijo que el dinero que utiliza para realizar diversos negocios lo maneja en efectivo y lo guarda en su domicilio, razón por la que no puede probarse, como lo sostiene el recurrente, que la segunda compraventa fue simulada.

Sobre ese punto, además, advierte que el tribunal consideró creíble el testimonio de Roxana Rodríguez, quien manifestó que para la fecha de la segunda venta estaban sin trabajo y no tenían donde vivir, razón por la que debieron aceptar un monto poco ventajoso y celebrar un contrato de alquiler de una vivienda que, finalmente, no habitaron.

Coincide con lo dicho por el tribunal al explicar por qué los acusados podían disponer libremente del inmueble, y recuerda que la querella omitió hacer referencia a que las reuniones celebradas para formalizar la transferencia del inmueble fracasaron debido a la falta de pago de las obligaciones de Catalini.

Afirma que, si bien es cierto que cualquier incumplimiento no autoriza a una de las partes a tener por **resuelto un contrato, el incumplimiento del pago del precio sí lo habilita.**

Explica que la voluntad de finalizar el contrato fue manifestada mediante carta documento por la parte vendedora, y que dicha misiva no fue contestada por el denunciante, de modo que transcurrido el plazo de 15 días a partir de la notificación el contrato quedó resuelto de pleno derecho.

Resalta que no se advierte mala fe por parte de los vendedores, en tanto acudieron a todas las reuniones tendientes a escriturar y en la medida en que renegociaron los plazos para el pago de los montos adeudados por Catalini.

Recuerda que ciertos delitos que involucran obligaciones civiles demandan tener en cuenta la regulación específica de las mismas, razón por la que no puede sostenerse que la sentencia incurra en una errónea perspectiva civilista.

Concluye al indicar que, la sola mención en el recurso de que el abogado Armitano Puebla fue sancionado por el Tribunal de Ética por la operatoria denunciada, no resulta suficiente para modificar los hechos constatados. Asimismo, tampoco lo es la circunstancia de que el tribunal de sentencia haya accedido a extraer compulsas.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por la querrela particular y, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida. Paso a explicarlo.

Según entiendo, el recurso presentado por la parte querellante propone escrutar si han existido elementos de prueba suficientes para tener por corroborada plataforma fáctica endilgada a los acusados. Si bien la presentación recursiva se encolumna en la presunta presencia de vicios de carácter sustancial, al sostenerse allí que el tribunal ha aplicado de manera errónea la ley de fondo, lo cierto es que el núcleo del planteo se sitúa en la crítica a las valoraciones del tribunal, en tanto son calificadas de arbitrarias o incorrectas.

Antes de evaluar las consideraciones del tribunal de juicio debe precisarse, entonces, que lo esencial para determinar la tipicidad del comportamiento de los acusados bajo la figura del delito de desbaratamiento de derechos acordados será precisar si, luego de la celebración de un acto jurídico válido -en el caso, la firma del boleto de compraventa detallado en la requisitoria fiscal-, éstos frustraron de alguna manera – sea por actos materiales o jurídicos– el ejercicio de los derechos acordados al querellante.

En este punto, entiendo acertada la posición adoptada por el tribunal a quo, puesto que tras analizar la prueba recolectada en la investigación preparatoria y la producida durante el debate, entendió que «[...] el denunciante no ha demostrado tener -a causa de **su propio incumplimiento contractual**- el derecho personal a la entrega del inmueble en cuestión. Tampoco el denunciante tiene un derecho posesorio sobre el inmueble; y menos aún un derecho real» (ver fundamentos, fs. 1494).

Para llegar a esta conclusión fue determinante, según advierto, la compulsas de las cláusulas del boleto de compraventa y del recibo celebrado por las partes, así como el estudio de las declaraciones de los diferentes testigos que participaron en el debate y de las demás actuaciones incorporadas.

Los argumentos del tribunal en este sentido demuestran que no se ha omitido prueba dirimente alguna en la valoración, ni se ha justificado la solución con premisas irracionales o arbitrarias.

Según sostuvo en su análisis el tribunal a quo, la obligación de los acusados a transferir el dominio que ostentaban sobre el inmueble ubicado en calle Tres Arroyos N° 1673, del Barrio Trece de Julio, M-C, C-2 de Godoy Cruz -cláusula primera del boleto de compraventa obrante a fs. 539 y vta.-, estaba condicionada al pago del monto convenido -cláusula segunda-.

Además, el tribunal constató que la obligación de entregar la posesión del inmueble a favor de los compradores se encontraba supeditada al cumplimiento de la segunda cuota, y que las partes convinieron la mora automática para todas las obligaciones emergentes del boleto (ver fundamentos, fs. 1489 vta./1490).

También surge del análisis efectuado en la sentencia, que el querellante en estos autos no cumplió con la totalidad de la segunda cuota, razón por la que las partes firmaron un recibo en el que constataron el pago parcial de la suma convenida, y convinieron las nuevas cuotas y plazos para el pago del saldo.

Según quedó demostrado, el denunciante tampoco cumplió con lo estipulado en este recibo, siendo éste un instrumento que no implicó una novación del primer boleto de compraventa en tanto que no modificó ninguno de sus elementos esenciales (ver fundamentos, fs. 1490 vta.).

En este punto, para cerciorarse de que el incumplimiento fue exclusiva responsabilidad de Catalini, el tribunal contó con la declaración testimonial de Mariela Chacón, escribana que intervino en su representación, con el testimonio de Silvia de las Mercedes Orellana Saldívar, representante del Banco que le otorgaría a aquél un préstamo para concretar la operación, y con la declaración de Lilia Ruth Choeler, escribana de aquella entidad bancaria.

Todas ellas fueron coincidentes al señalar que los intentos de escrituración fracasaron porque Catalini no contó con el dinero necesario para cumplir con las obligaciones pactadas. Además, la testigo Orellana Saldívar indicó que la documentación del inmueble estaba «totalmente en orden para transferir» y «en condiciones inmejorables» (ver fundamentos, fs.1491/1493).

Los elementos valorados por el tribunal de mérito hasta aquí indican, según entiendo, que la finalización de las operaciones de escrituración y entrega de la posesión del inmueble en cuestión se vieron truncadas debido al incumplimiento del querellante, y no de los acusados.

Con ello debe recordarse, tal como lo hizo el tribunal de sentencia, que la compraventa celebrada por las partes fue un contrato bilateral y que en la fecha de la negociación regía el antiguo art. 1.201 del Código Civil, razón por la que Catalini no podía exigir el cumplimiento de las obligaciones de los vendedores de otorgar la escritura traslativa del dominio y la posesión del inmueble en tanto no hubiese cumplido las obligaciones a su cargo.

Por ello, resultan adecuadas las precisiones del tribunal al constatar que los vendedores ejercieron de manera ajustada al art. 1.204 del antiguo Código Civil, la facultad de resolver el contrato por falta de pago en el plazo intimado (ver constancia de fs. 617 y fundamentos a fs. 1493 vta./1494). Finalmente, respecto de este punto, debe decirse que es infundada la apreciación del recurrente que indica que las negociaciones continuaban hacia el día 29 de enero de 2015.

Esto, puesto que el día 13 de enero de 2015 los vendedores ya habían decidido resolver el contrato, notificándose Catalini de ello el día 23 de enero de 2015 (ver constancias debidamente incorporadas de fs. 617 y fs. 376).

Lo relevado hasta aquí permite afirmar que los puntos de agravio que indican que los acusados tenían la voluntad de seguir negociando la venta del inmueble, a pesar del incumplimiento de Catalini, deben ser rechazados.

En otro orden de ideas, también debe rechazarse el argumento de la querrela con el que sostiene que la operación de venta realizada por los acusados con posterioridad fue ilícita.

Según constató la magistratura de juicio, los vendedores no sólo accionaron de modo legal al resolver el contrato con Catalini, sino que tampoco tenían limitaciones registrales para disponer del inmueble.

Efectivamente, para cerciorarse de que no existían impedimentos para escriturar a nombre de un tercero, el a quo valoró la declaración de las escribanas Mariela Chacón y Carina Tello -quien intervino en nombre del acusado Caselles-.

De estos elementos de prueba se desprende que no se había otorgado título alguno a nombre de Catalini, que el certificado de bloqueo presentado por la escribana Chacón ante el Registro de la Propiedad Inmueble había caducado y que no existían planes de continuar con las negociaciones (ver fundamentos, fs. 1491 y vta. y fs. 1494).

Tampoco puede prosperar el argumento que sugiere que la venta posterior del inmueble, celebrada por Marcelo Castillo y Roxana Rodríguez a favor de Cristian Caselles, fue simulada.

Al respecto, no puede soslayarse que la operación de venta que la recurrente califica como fingida fue celebrada con posterioridad a la resolución del contrato que Catalini incumplió, y que no existían medidas cautelares o cualquier otro impedimento registral sobre la disposición del inmueble.

Todo ello indica, según entiendo, que dicha operación de venta fue celebrada por Marcelo Castillo y Roxana Rodríguez como consecuencia de la facultad de disponer que tuvieron, y que no pudo comprometer derechos de terceras personas, razón por la que no puede ser calificada como una operación de simulación típica de un proceso de desbaratamiento de derechos acordados.

Además, debe destacarse que la recurrente no ha controvertido suficientemente los elementos probatorios que explicaron la operación de venta celebrada por el matrimonio Castillo Rodríguez y Cristian Caselles.

En efecto, las declaraciones testimoniales prestadas por Roxana Rodríguez y Cristian Caselles indican con claridad, que el monto que éste acordó para pagar el inmueble se dividió en un pago inicial de \$ 500.000 y en otro a pagarse mediante un alquiler de cuatro años con un canon mensual de \$9.000.

Además, surge de estos elementos que Caselles decidió vender el inmueble al poco tiempo y que recibió, por esta operación, dinero en efectivo y una camioneta que utilizó para saldar el dinero convenido a modo de alquiler con Marcelo Castillo y Roxana Rodríguez (ver fundamentos, fs. 1486 vta./1489).

La querella no ha otorgado una explicación capaz de rebatir estas declaraciones, ni ha mencionado otros elementos de prueba que puedan ilustrar la pretendida simulación, siendo esta otra razón para desatender la crítica recursiva.

Por lo demás, el hecho de que el extracto bancario de las cuentas de Caselles no den cuenta de un monto similar al utilizado para pagar la operación, no es un elemento suficiente para sostener que dicha venta fue simulada, puesto que el imputado dio suficientes explicaciones respecto del origen de su dinero y la forma en que lo administraba (ver fs. 0487 y vta.).

Los agravios que indican contradicciones en los fundamentos de la sentencia criticada también deben ser desechados, toda vez que, tal como lo advierte el Procurador General, no son dirimentes. En efecto, el punto referente a que el tribunal sostuvo, por un lado, que el contrato no se cumplió, y, por otro lado, que las partes seguían negociando el pago del inmueble, no indica una contradicción.

Ello puesto que fue el incumplimiento de lo estipulado en el boleto de compraventa lo que llevó a las partes a renegociar el pago del saldo debido por el inmueble, y el incumplimiento de este pago lo que determinó a los vendedores a resolver el contrato. Estas circunstancias fueron valoradas adecuadamente por el tribunal de juicio, según advierto (ver fundamentos, fs. 1489 vta./1490).

Por otro lado, tampoco existe contradicción en las consideraciones del tribunal respecto de la certificación de firmas y del sellado del boleto de compraventa.

Ello así porque a los fines de evaluar la validez de este instrumento, el a quo entendió que bastaba con el reconocimiento expreso que hicieron las partes (ver fundamentos, fs. 1490). Por último, debe decirse que los puntos invocados por el recurrente, que apuntan la responsabilidad del abogado Puebla y de la escribana Tello en las maniobras de desbaratamiento, deben ser rechazados.

Al respecto, no puede soslayarse que la plataforma fáctica controvertida en el juicio no tiene a estas personas como presuntos intervinientes, razón por la que el argumento carece de sustento.

Además, es importante resaltar que el hecho de que el tribunal de juicio haya aceptado la extracción de compulsas a fin de investigar la conducta de los nombrados, no controvierte la incapacidad de la prueba incorporada para demostrar la tipicidad de las conductas endilgadas a los acusados de este expediente.

Por todo lo dicho, entonces, y en opinión concordante con el señor Procurador General de esta Suprema Corte, cabe dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1496/1515 por la parte querellante. 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. Mauricio Bertona para su oportunidad.

3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO. Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro. DR. JOSÉ V. VALERIO. Ministro

7- PEREZ. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														-1°
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	N	-2°

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcPerez.pdf

Lex: Art. 172, 5, 45, 149 bis, 256 bis del CP.

Vox: Estafa. Coacciones. Tráfico de influencias. Unidad de la prueba. Nulidad parcial. Derecho de defensa.

Summa:

La Excma. **Primera Cámara del Crimen - 2CJ** condenó al señalado a la **pena de dos años de prisión**, con el beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de coacciones. Declaró la nulidad parcial del auto de procesamiento y del auto de elevación a juicio, sólo en cuanto atribúan al imputado el delito de tráfico de influencias (art. 256 bis del CP), y, consecuencia de ello, absolvió al recurrente de los delitos de estafa y tráfico de influencias (arts. 45, 172 y 256 inc. 2 del CP)

La **defensa** interpone recurso y cuestionó que la resolución impugnada contiene vicios in procedendo ya que la valoración de prueba que señala, considera que la motivación de la sentencia es falsa, aparente, contradictoria y que no resulta de las pruebas rendidas en el plenario sino del capricho del juez y vicios in iudicando invocando la inobservancia o errónea aplicación del principio de la duda como consecuencia de la errónea valoración probatoria alegada ante.

El Procurador General entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido ya que la defensa pretende una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de las partes, sin agregar nuevos argumentos

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad, tener presente la reserva del caso federal efectuada y remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5369, pronunciada por la Primera Cámara del Crimen- 2° CJ.

Doctrina citada.

SOLER PÉREZ, E. (2015). Derecho Administrativo: Lecciones de la Universidad de Valencia 1906-1907. Sevilla. Athenaica Ediciones Universitarias, 295.

Parágrafos destacados

“a. En relación con la declaración indagatoria prestada a fs. 287, asiste razón al Procurador General respecto a que, si bien en el acta de la audiencia donde se tomó declaración indagatoria al acusado se lee «previo informársele [al acusado Ricardo Waldemar Pérez Martín] que se le atribuye un ilícito» (fs. 287)

sin que se haya especificado de qué delito se trataba, lo cierto es que a fs. 285 obra un decreto de fecha anterior que precisamente ordenó esa nueva declaración indagatoria por no haberse hecho saber al acusado que la anterior (fs. 175/176) lo era por el delito de coacciones. También lleva razón el titular del Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la cuestión ya fue planteada y resuelta con anterioridad”

“[...]se analizó la posible afectación del derecho de defensa del acusado en base a la incorporación del delito de tráfico de influencias y se concluyó que, en tanto la base fáctica endilgada a Pérez no había variado y se había brindado la oportunidad procesal adecuada para hacerle conocer la imputación, no correspondía hacer lugar al planteo –resolución de fs. 506/526, en particular fs. 506/508 y vta.–. En la instancia de debate la defensa reiteró el pedido de nulidad en base a la calificación legal atribuida a los hechos, y la entonces Primera Cámara del Crimen hizo lugar parcialmente al planteo.”

“[...]el auto de procesamiento (fs. 294/308) como el requerimiento de elevación a juicio (fs. 482/488), contenían la acusación por el delito de coacciones. A su vez, el procesamiento por el delito de tráfico de influencias -incorporado luego de la declaración indagatoria- fue anulado por el tribunal de juicio, mientras que por el delito de estafa por el cual se mantuvo la acusación, se absolvió al acusado. En definitiva, se advierte que el planteo defensivo pretende reiterar la revisión de aspectos ya analizados en autos, sin rebatir los argumentos esgrimidos por el a quo [...]”

“[...]los agravios planteados constituyen un intento de aislar piezas de evidencia para quitarles la conexión lógica que se les brindó en la resolución impugnada.”

“En efecto, la evidencia tenida en cuenta por el juez de instancia previa para acreditar la versión de la víctima ha sido objeto de un análisis parcializado por la defensa, que –en lugar de vincularla a la declaración de Casas– la cuestiona como prueba de los hechos constitutivos de coacciones y, a partir de ello, critica la lógica del razonamiento del a quo. Por ello, los agravios relativos al mérito probatorio alcanzado por el a quo no pueden prosperar. “

“Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» y que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (conf. “Soler Pérez”).”

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Licencia)

(A.H.).

Fallo:

CUIJ: 13-04159401-7/1((020502-17617)) F. C/ PEREZ MARTIN RICARDO W. P/ ESTAFA EN C. REAL CON COACCION; FC/ FUNES VIDELA HUGO M. P/ PART. NEC. FC/ CARRIBALE ELIZABETH Y OLIVAREZ C. P/ FALSO TEST. P/ ESTAFA GENERICA (17617) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104224205*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04159401-7/1 caratulada “F. C/ PÉREZ MARTÍN, RICARDO W. P/ ESTAFA EN C. REAL CON COACCIONES (...) (17617) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO, y tercero Dr. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Ricardo Waldemar Pérez Martín formula recurso extraordinario de casación –fs. 1489/1498 y vta.– contra la sentencia N° 5.369 pronunciada por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, por cuanto condenó a su defendido a la pena de dos años de prisión, con el beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena impuesta (art. 26 del CP), por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de coacciones (arts. 5, 45 y 149 bis del CP), según el hecho que se le atribuye en los presentes autos N° 17.617/P2-22.700/09. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La resolución impugnada declaró la nulidad parcial del auto de procesamiento de fs. 294/308 y del auto de elevación a juicio de fs. 506/526, sólo en cuanto atribuían al imputado el delito de tráfico de influencias (art. 256 bis del CP).

Asimismo, y a consecuencia de ello, absolvió al recurrente de los delitos de estafa y tráfico de influencias (arts. 45, 172 y 256 inc. 2 del CP), y por otra parte, lo condenó a la pena de dos años de prisión con el beneficio de la suspensión de la ejecución de la condena por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de coacciones (arts. 5, 45 y 149 bis del CP).

Para arribar a la conclusión condenatoria, tuvo por acreditado que «[e]n el lapso de tiempo comprendido entre el día 27 de mayo de 2009 y el día 17 de septiembre de 2009, Ricardo Waldemar Perez Martin concurrió a la vivienda ubicada en calle Santiago Derqui N°1.827 de esta ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, en la que reside el señor Adrian Marcel Casas Morales junto a su familia, lugar al que arribó con uniforme reglamentario y trasladándose en el vehículo perteneciente a la fuerza policial. Una vez en

el lugar entrevistó a Adrian Marcelo Casas Morales, conocido porque había realizado trabajos en su casa, a quien le exigió a modo de orden que si lo citaban a declarar en sede judicial dijera que no lo conocía o que omitiera mencionar lo que sabía sobre los tramites que había realizado para la obtención del carnet de conducir automotores para el señor Daniel Salafia, a quien Adrian Casas le había dado el número telefónico de Ricardo Perez, informándole que conocía las gestiones que podía realizar para la obtención de la licencia de conducción. Como consecuencia del temor que provocó la exigente orden del policía Ricardo Waldemar Perez Martin y asustado por la integridad física de su familia, Adrian Marcelo Casas concurrió en fecha 17 de septiembre de 2009 al Tercer Juzgado de Instrucción de San Rafael, y en declaración testimonial negó todo conocimiento sobre las gestiones que hizo Perez Martin para Daniel Salafia, tendientes a obtener la licencia de conducir. Luego, al ser citado nuevamente ante el Juez de Instrucción, en fecha 19 de octubre de 2009 aclaró, en el marco de un acto de careo con el testigo Daniel Salafia, que había mentido en la declaración anterior por miedo a incumplir la orden del policía Ricardo Waldemar Perez Martin. La exigencia de mentir en su beneficio fue formulada por el señor Ricardo Waldemar Perez Martin para evitar que lo mencione en la investigación iniciada por Delegación de Policía de Investigaciones de San Rafael en virtud de informe N° 23/09 de Dirección de Inteligencia Criminal Delegación Zona Sur de la Policía de Mendoza (sic)», conforme surge de fs. 1484 vta./1485. Para así resolver, el a quo tomó en consideración, principalmente, las declaraciones de Adrián Casas, Daniel Salafia, Virginia Esquivel y Elizabeth García, el informe de comunicaciones telefónicas de fs. 88/132, la declaración del imputado y el informe de fs. 1/2.

2.- Recurso de casación

La defensa se agravia con fundamento en el art. 474, incisos 1 y 2, es decir, por considerar que la resolución impugnada contiene vicios in procedendo e in iudicando.

a) Vicios in procedendo

En primer lugar, como vicio de forma, afirma que la no admisión por parte del tribunal de sentencia del planteo de nulidad absoluta de la declaración indagatoria de fs. 287, donde se omitió mencionar la calificación legal por el delito de coacciones y la cita del art. 149 bis del CP, afecta el derecho de defensa.

En segundo lugar y en relación a la valoración de la prueba efectuada, señala que la sentencia no ha verificado con el grado de certeza requerido para dictar una condena los hechos, pues no reporta ninguna prueba ni indicio que evidencie la presencia del imputado en el lugar del hecho, ni que concurrió al domicilio de Adrián Casas vestido con el uniforme policial, ni en general las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del delito, indispensable para fijar los hechos.

Para afirmarlo, sostiene que el tribunal de juicio acreditó el hecho solamente con el testimonio conmovido de Adrián Casas y restó toda credibilidad a la declaración indagatoria de Pérez, quien negó rotundamente haber concurrido al domicilio de la víctima.

Considera que ese temperamento constituye una errónea aplicación de la sana crítica y que vulnera los derechos constitucionales del imputado, en particular los principios de inocencia, el de la duda y el debido proceso. Refiere que las pruebas de descargo restan credibilidad al testigo Casas y generan un estado de duda insuperable que debe conducir a la absolución del imputado.

Afirma que «la prueba que no es plena sencillamente no es prueba alguna» y que no se puede admitir un fragmento o porción de prueba pues estaríamos ante una prueba mutilada, ineficaz e inexacta, pues no existen verdades parciales.

En el caso, a criterio de la defensa, se desnaturalizó y vulneró la relación de necesidad que debe existir entre la naturaleza de la prueba y la certeza.

De ese modo, los hechos probados deben ser agrupados para su explicación, lo que en el caso no ha ocurrido pues la sentencia se contradice con las constancias de la causa. En este sentido, afirma que la valoración del testimonio de Adrián Casas, a partir de sus emotivas lágrimas contenidas, implica el recurso a prueba indiciaria, insuficiente estándar probatorio para sustentar una sentencia condenatoria.

Afirma que no se ha acreditado el hecho y que la presencia de Pérez en el lugar del suceso se podría haber acreditado solicitando la ubicación del teléfono del acusado por GPS; y que tampoco se ha acreditado si los móviles de inteligencia fueron a la casa de Salafia a instarlo a que denuncie a Pérez.

También considera sugerente de la inocencia de su defendido que «casualmente» hayan desaparecido los expedientes administrativos donde se investigaba a Pérez. En cuanto a las listas sábanas de llamados telefónicos aportadas, sostiene que no demuestran el delito de coacciones.

Respecto del testimonio de Salafia, afirma que no contiene mención de amenazas o coacciones de parte de Casas ni hacia él; y que del hecho de que conociera a Pérez no permite derivar que hayan existido coacciones.

Refiere que, del testimonio de la enfermera Virginia Esquivel ni del de la madre de Salafia, Elizabeth García, deriva prueba alguna contra su defendido, ni del indicio de comportamientos similares. Agrega que tampoco la admisión de Pérez de haberse comunicado telefónicamente con Salafia prueba el delito de coacciones.

Como consecuencia de los vicios en la valoración de prueba que señala, considera que la motivación de la sentencia es falsa, aparente, contradictoria y que no resulta de las pruebas rendidas en el plenario sino del capricho del juez.

b) Vicios in iudicando

Como vicio sustancial, la defensa invoca la inobservancia o errónea aplicación del principio de la duda como consecuencia de la errónea valoración probatoria alegada antes.

Finalmente, efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se corriera, el Procurador General sostiene que la impugnación procede formalmente, aunque debe ser rechazada en lo sustancial –fs. 1509/1511–.

Afirma que la defensa pretende una revisión ex novo de todo lo que ya ha sido tratado en el debate y sometido a contradicción de las partes, sin agregar nuevos argumentos. Los vicios in procedendo

enunciados, así como las supuestas contradicciones en el testimonio de la víctima, son cuestiones ya resueltas y que no resultan dirimientes para poner en crisis la materialidad del hecho.

En cuanto a la indagatoria de fs. 287, donde se habría intimado al acusado sin calificación legal, sostiene que esta ausencia no afecta el derecho de defensa, en tanto la calificación de un avoque es absolutamente provisoria y puede variar con el curso del proceso, más allá de que estaba claramente establecido a fs. 285 que el delito por el cual se indagaba era el de coacciones.

De forma tal que el derecho de defensa quedó satisfecho con la notificación de los hechos atribuidos, a lo que se suma que la cuestión ya fue planteada por la defensa y resuelta a fs. 506.

En cuanto a los elementos indiciarios enumerados por el Tribunal, afirma el Procurador General que corroboran los dichos de la víctima en cuanto a su credibilidad.

En particular, en casos de delitos que ocurren fuera de la vista de terceros, la declaración de la víctima y su credibilidad juega un rol determinante.

Los dichos de Casas no sólo son, entonces, creíbles en cuanto a sus extremos, sino que han sido corroborados mediante circunstancias concomitantes por elementos objetivos.

El hecho de que la víctima sea testigo presencial instituye a su declaración como prueba directa.

Por último sostiene que el juicio de credibilidad de la víctima y la declaración defensiva no están sujetos al examen de casación, por aplicación del principio de inmediación.

En definitiva, afirma que la defensa tiende a separar y tratar de anular elementos probatorios e indiciarios cargosos para establecer una duda de la autoría del imputado, en contra de la valoración conjunta efectuada por el tribunal de instancia previa.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, considero que corresponde rechazar sustancialmente el recurso de casación formulado por la defensa de Ricardo Waldemar Pérez Martín, en base a las consideraciones que serán expuestas a continuación.

A efectos de abordar el análisis de la decisión adelantada, en primer lugar explicaré por qué corresponde rechazar el planteo de nulidad absoluta de la declaración indagatoria de fs. 287, luego me ocuparé de los vicios relativos a la valoración de los elementos probatorios y a la fundamentación de la sentencia impugnada y, finalmente, descartaré la aplicación del principio de la duda en beneficio del acusado.

a- Declaración indagatoria.

a. En relación con la declaración indagatoria prestada a fs. 287, asiste razón al Procurador General respecto a que, si bien en el acta de la audiencia donde se tomó declaración indagatoria al acusado se lee «previo informársele [al acusado Ricardo Waldemar Pérez Martín] que se le atribuye un ilícito» (fs. 287) sin que se haya especificado de qué delito se trataba, lo cierto es que a fs. 285 obra un decreto de fecha

anterior que precisamente ordenó esa nueva declaración indagatoria por no haberse hecho saber al acusado que la anterior (fs. 175/176) lo era por el delito de coacciones.

También lleva razón el titular del Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la cuestión ya fue planteada y resuelta con anterioridad. En efecto, la defensa se opuso al requerimiento de citación a juicio –fs. 502/504–, petición en la que se formuló el mismo planteo, rechazado por el entonces Tercer Juzgado de Instrucción.

En aquella oportunidad se analizó la posible afectación del derecho de defensa del acusado en base a la incorporación del delito de tráfico de influencias y se concluyó que, en tanto la base fáctica endilgada a Pérez no había variado y se había brindado la oportunidad procesal adecuada para hacerle conocer la imputación, no correspondía hacer lugar al planteo –resolución de fs. 506/526, en particular fs. 506/508 y vta.–.

En la instancia de debate la defensa reiteró el pedido de nulidad en base a la calificación legal atribuida a los hechos, y la entonces Primera Cámara del Crimen hizo lugar parcialmente al planteo.

En este sentido, tomó en consideración que a Pérez Martín se había recibido declaración indagatoria por hechos que, en principio, fueron calificados bajo las figuras de estafa y coacciones (arts. 172 y 149 bis del CP), conforme el decreto de avoque de fs. 170, pero que no se le había comunicado la posible aplicación de la figura prevista en el art. 256 bis del CP, es decir, tráfico de influencias.

A su entender, en tanto el acto de recepción de declaración indagatoria de fs. 175 había informado de manera precisa y adecuada los hechos intimados al imputado y en el auto de procesamiento de fs. 294/308 se había incorporado la calificación legal de tráfico de influencias, éste debía ser anulado parcialmente, por aplicación del art. 308 del CPP (Ley 1.908) que disponía que «[n]o podrá ordenarse el procesamiento bajo penal de nulidad, sin habersele recibido indagatoria al imputado[...]».

Sin embargo, como se corroboró la correcta intimación de los delitos de estafa y coacciones, la acusación respecto de éstos fue mantenida. Sin rebatir los argumentos empleados por el a quo para anular parcialmente el auto de procesamiento, la defensa cuestiona ahora el acto de declaración indagatoria de fs. 287 por no haberse mencionado la calificación legal.

Sin embargo, las constancias de autos dan cuenta de que respecto del delito por el cual se condenó al acusado –coacciones– fue enunciado en el avoque emitido a fs. 170 por el entonces Juzgado de Instrucción y que motivó que se recibiera declaración indagatoria a Ricardo Waldemar Pérez Martín en dos oportunidades (fs. 175/176 y vta. y 285/287).

Por otro lado, tanto el auto de procesamiento (fs. 294/308) como el requerimiento de elevación a juicio (fs. 482/488), contenían la acusación por el delito de coacciones.

A su vez, el procesamiento por el delito de tráfico de influencias -incorporado luego de la declaración indagatoria- fue anulado por el tribunal de juicio, mientras que por el delito de estafa por el cual se mantuvo la acusación, se absolvió al acusado.

En definitiva, se advierte que el planteo defensivo pretende reiterar la revisión de aspectos ya analizados en autos, sin rebatir los argumentos esgrimidos por el a quo, que a su vez constituyen fundamento suficiente para la validez del procedimiento.

De forma tal que, en primer lugar, debe descartarse la procedencia del vicio formal planteado por la defensa.

b- Valoración del plexo probatorio

b. En punto a la valoración del plexo probatorio efectuada por el tribunal de sentencia y cuestionada por la defensa, debe señalarse que los agravios planteados constituyen un intento de aislar piezas de evidencia para quitarles la conexión lógica que se les brindó en la resolución impugnada.

En efecto, el tribunal como punto de partida evaluó por qué la víctima de las coacciones, Adrián Casas, negó en la declaración de fs. 79/82 conocer a Daniel Salafia y afirmó haber sido contactado por Ricardo Pérez para la tramitación de un carnet de conducir, pero en el careo agregado a fs. 143/144 se retractó y no sólo admitió conocer a Salafia, sino que explicó que «no quiso poner en conocimiento del tribunal la verdad de los hechos por cuanto siente temor al Policía Pérez», porque éste «concurrió antes de ser llamado por el Tribunal a prestar declaración [...] y le refirió que podía ser citado por el Poder Judicial, y ante esto le dijo que negara que lo conocía y que tenía también conocimiento de que él estuviera involucrado en el tema de la obtención de licencia de conducir [...] que dijera que yo a él no lo había visto nunca».

El tribunal consideró que esta contradicción entre las declaraciones de la víctima, lejos de restar credibilidad a sus dichos, acreditaba el temor que habían causado en él las coacciones ejercida por el acusado y por las cuales se lo condenó, pues temió «por la integridad física de su familia, ya que tiene tres hijos y su señora que mientras [él] está trabajando, están solos» -sentencia, fs. 1482 vta.-.

Ante esta circunstancia, el tribunal analizó las diferentes posibilidades de explicación de la conducta de Casas: que hubiera simplemente cometido el delito de falso testimonio por motivos propios; que lo hubiera hecho por instigación de Pérez; o que lo hubiera hecho coaccionado por éste.

Descartó la primera posibilidad por falta de sustento probatorio y en base a las características personales de Casas, quien es temeroso y de escasos recursos, sin motivación aparente para delinquir y sin vinculación con los hechos investigados.

En cambio, el hecho de que Casas haya afirmado terminantemente que días antes de prestar la declaración de fs. 79/82 Pérez se había presentado en su domicilio con el uniforme reglamentario y en un vehículo policial exigiéndole que declarase de una forma determinada, explicaba la posibilidad de coacciones.

Esta versión, además, se condice con la de Salafia, quien dijo conocer a Pérez por haber sido contactado mediante Casas para que lo ayudase a obtener los documentos necesarios para obtener el carnet de conducir. Por otro lado, el vínculo entre Casas y Pérez se explica a partir de que el primero declaró conocerlo por haber realizado trabajos en su casa.

El a quo, entonces, otorgó **credibilidad** a la versión de Casas según la cual Pérez lo coaccionó, a partir de la explicación que el careo realizado prestaba a su primera declaración –de fs. 79/82–, a lo que agregó que su testimonio se acreditaba por pruebas periféricas –como la declaración de Salafia y la del mismo acusado–, y en base a la actitud personal de Casas en oportunidad de declarar en audiencia, que evidenciaba temor hacia Pérez.

A este cuadro agregó **constataciones periféricas**, a saber: 1) el testimonio de Salafia, que confirmó la existencia de tratativas para obtener el carnet de conducir y aclaró el vínculo entre Salafia y Pérez; 2) la declaración de Virginia Esquivel, quien confirmó la presencia de Salafia y Pérez juntos en el hospital, aportando veracidad a la versión de Salafia, y además señaló comportamientos similares de Pérez anteriores al hecho; 3) el testimonio de Elizabeth García, madre de Salafia, que explicó que le dio dinero a su hijo para tramitar el carnet de conducir, quien mencionó a Pérez como persona a la que le iba a pagar; y que también señaló que Pérez se presentó en su casa preguntando por Salafia, del mismo modo en que ocurrió con Casas; 4) el informe de fs. 88/132 que da cuenta de conversaciones entre Salafia y Pérez, admitidas por el acusado bajo la inverosímil excusa de asesorarlo en los trámites administrativos; y 5) el hecho de que las coacciones habrían tenido lugar temporalmente entre el inicio de la investigación por parte de la Oficina de Investigaciones -27/05/09- y la declaración de Casas -17/09/19- (ver sentencia, fs. 1483/1484).

Ahora bien, con este cuadro probatorio que acredita los dichos de Casas, el tribunal a quo avanzó en su razonamiento para descartar una posible instigación al falso testimonio, y atribuirle a la conducta de Pérez el carácter de coacciones.

En este sentido, sostuvo que la contundente corroboración externa de los dichos de Casas, sumada a la verosimilitud de su versión, permitían brindar mayor credibilidad a la versión de la víctima.

Ahora bien, a esta concatenación de valoraciones sobre las pruebas aportadas a la causa en la construcción de una conclusión sobre el acaecimiento de los hechos, la defensa opone una serie de cuestionamientos aislados que, valorados individualmente, no permitirían sostener una explicación coherente del hecho, suficiente para fundar una condena.

En efecto, la evidencia tenida en cuenta por el juez de instancia previa para acreditar la versión de la víctima ha sido objeto de un análisis parcializado por la defensa, que –en lugar de vincularla a la declaración de Casas– la cuestiona como prueba de los hechos constitutivos de coacciones y, a partir de ello, critica la lógica del razonamiento del a quo. Por ello, los agravios relativos al mérito probatorio alcanzado por el a quo no pueden prosperar.

Esta Suprema Corte de Justicia ha señalado con anterioridad, respecto del modo en que debe llevarse a cabo el mérito de la prueba, que «[...] los medios de prueba no constituyen compartimentos estancos, porque cada uno de ellos se apoya en mayor o menor grado sobre los restantes.

Unos y otros aparecen, finalmente, como los elementos de un todo, y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquélla sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las diversas pruebas presentadas en un momento dado deben ser examinadas al mismo tiempo, pues el resultado global es el que cuenta [...]» y que «el sistema de la sana crítica racional, se encuentra

íntimamente relacionado con el principio de la unidad de la prueba, e impone como regla la consideración de la prueba en su conjunto, pues muchas veces la certeza se obtiene de probanzas, que individualmente estudiadas pueden aparecer como débiles o imprecisas, pero complementadas y unidas entre sí, llevan al ánimo del juzgador la convicción acerca de la existencia de los hechos denunciados» (conf. “**Soler Pérez**”).

c- Sobre la pretensión de aplicación del principio In dubio pro reo.

c. Por otra parte, cabe descartar la pretensión de aplicación del principio in dubio pro reo, toda vez que el tribunal de juicio -en base a los elementos de prueba detallados con anterioridad arribó a la certeza necesaria en esta etapa procesal, sin que pueda predicarse la existencia de una duda razonable que habilite la aplicación del principio.

El análisis del mérito probatorio fue plasmado en una resolución sin arbitrariedades, ni parcialidad, y motivada de manera lógica y convincente en cuanto a la acreditación del hecho y la intervención del acusado en el mismo.

Por todo lo expuesto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde rechazar el recurso de casación formulado por la defensa Ricardo Waldemar Pérez Martín. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1489/1498 y vta. por la defensa de Ricardo Waldemar Pérez Martín.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.

8- OPAZO. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	CO	-	CR	-	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOpazo.pdf

Lex: Art. 172, 45 y 55 del CP

Vox: Estafa. Concurso real. Principio de congruencia. Derecho de defensa. Nulidad de acta.

Summa:

La **Excma. Primera Cámara del Crimen- 1° CJ** condenó a los señalados como autores penalmente responsables (art. 45) del delito de estafa y como coautores de delito de estafa en concurso real, cincuenta y dos hechos (arts. 172, 45 y 55 del Cód. Penal). Opazo a la pena de cuatro años de prisión y Figueroa a la pena de seis años de prisión.

Las **defensas** interponen recurso de casación.

El **Procurador General** entiende que deben ser rechazados en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó los recursos de casación interpuesto.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 7189, pronunciada por el Primera Cámara del Crimen -1° CJ*

Precedentes citados

a-SCJM

- Torres Surget. 03-05-18:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

“En un hecho delictivo, lo que distingue entre los distintos grados de intervención no es el dominio del hecho sino el grado de intervención en el suceso, de modo que la diferencia entre autores y partícipes, y entre estos en particular, depende de **intensidad cuantitativa** de los aportes, siendo autor aquel que configura lo principal en el hecho, y partícipes quienes configuran lo accesorio...Si la participación en un delito implica valoraciones sobre la naturaleza de la intervención de una persona en la configuración de un hecho en términos de intensidad, las apreciaciones que la acusación haga respecto de ello implican definiciones relativas al alcance de la plataforma fáctica imputada y, consecuentemente individualizan el punto de referencia de la defensa para plantear la mejor estrategia posible de acuerdo con sus interés. De este modo, cualquier postura que modifique el sentido dado por la acusación a la intervención del acusado conlleva una modificación de la referencia sobre el que la defensa ha decidido estructurar su labor contradictoria...**El Juez de grado vulnera el derecho de defensa del acusado, en primer lugar cuando cambia la calificación definida** por la acusación relativa al tipo de intervención del imputado en el hecho delictivo. En segundo lugar, puesto que compromete la labor de la defensa del acusado al no facilitar la tarea contradictoria respecto del campo modificado y su relevancia en la individualización de la pena...**La petición de la pena forma parte de la acusación**, entendida ésta como etapa fundamental del debido proceso penal, de manera que la completa correspondencia que demanda el principio de congruencia entre la sentencia y las circunstancias tenidas en cuenta por el órgano acusador también recae sobre el requerimiento punitivo. Así, **cualquier pena que exceda el pedido de la acusación coloca**

al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, de manera que se vulnera la prohibición de la **reformatio in pejus**...**La potestad del juez no puede exceder la pretensión punitiva** expresada por aquella de las partes del proceso titular del ejercicio y la responsabilidad de la acción penal, es decir, del órgano acusador respecto del pedido expreso de penalidad, aplicando una **sanción mayor**, ni tampoco en cuanto al análisis de la plataforma fáctica objeto del proceso, calificando el hecho en forma más gravosa para la situación del imputado; una actuación que no se adecúe a ello, no sólo atenta contra los principios y garantías que implica el sistema acusatorio, sino que afecta de modo directo contra el derecho de defensa en juicio...Si bien la **pretensión acusatoria determina el contenido y el alcance máximo de la jurisdicción**, ello no obsta a que, en el caso concreto, cuando el Tribunal advierta que el hecho encuadra en una calificación **menos gravosa**, puede aplicar ésta, diferenciándose así de la acusación. “

- García Contreras. 04-05-04:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/fal.php?fallo=MDQxOTkyNDU=&tabla=c2M=>

Doctrina citada.

José I. Cafferata Nores - Aída Tarditti «CPP de la Prov. de Córdoba Comentado», T 1, p. 379.

Andrés José D'Alessio, «Código Penal comentado y anotado», La Ley, 2007, tomo 2 p. 461.

SCJM. Dres.: **Nanclares**. Adaro. Palermo.

(M.M.)

Fallo:

CUIJ: 13-02848404-0((012174-11222301)) FC/OPAZO ILLANES DANIEL ERNESTO LENIN Y FIGUEROA GONZALEZ HUGO ALBERTO POR ESTAFA GENERICA (19471) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102871102*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-002848404-0 caratulada “F. C/ OPAZO ILLANES, DANIEL ERNESTO LENIN Y FIGUEROA GONZÁLEZ, HUGO ALBERTO P/ ESTAFA GENÉRICA S/ CASACIÓN”**.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JORGE H. NANCLARES; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de **Daniel Ernesto Lenín Opazo Illanes** interpone recurso de casación (fs. 1096/1101) contra la Sentencia N° 7189 (fs. 830/831) y sus fundamentos, mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45) del delito de estafa y como coautor culpable y responsable del delito de estafa en concurso real, cincuenta y dos hechos (arts. 172, 45 y 55 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por la Sala Unipersonal N° 3 de la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

Por su parte, la defensa oficial de **Hugo Alberto Figueroa González** interpone recurso de casación (fs. 1117/1124) contra la misma sentencia y sus fundamentos, mediante la cual se resolvió condenar al nombrado a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45) del delito de estafa y como coautor culpable y responsable del delito de estafa en concurso real, cincuenta y ocho hechos (arts. 172, 45 y 55 del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el mismo tribunal.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La sentencia establece que Figueroa desde el segundo semestre del año 2009, en las inmediaciones de la Subsecretaría de Trabajo y el Correo Central, sobre calle San Martín de Ciudad, buscaba captar clientes que tuvieran problemas laborales para llevarlos a estudios jurídicos y cobrar por esa gestión. Luego, a los mismos sujetos y sus conocidos, les decía que por su trabajo, contactos políticos o funciones municipales, les podía gestionar una vivienda a través del IPV, en distintos barrios. Les pedía dinero a cambio y documentación del grupo familiar, sin extenderles en ningún caso recibo, dándoles un código alfanumérico, que era la identificación que supuestamente tenían ante el IPV, para acceder a la casa propia. Opazo, delegado gremial ante el SUPE de la empresa en la que prestaba servicios, ubicada en Luján, comienza a trabajar con Figueroa con la misma modalidad a mediados del año 2010 y hasta el 7 de febrero de 2012, fecha en la que el plan sucumbió, porque los damnificados no aceptaron más excusas para retardar la entrega de las casas prometidas. Además, uno de ellos averiguó en el IPV que no había ningún empleado Figueroa, por lo que se reunieron algunos en la rotonda de Luján de Cuyo, generando incidentes violentos, lo que provocó la intervención de la justicia.

2.- Recursos de casación

Alega la defensa de Opazo que la sentencia es nula, porque se ha violado el **principio de congruencia**, lo que repercute en la garantía de defensa en juicio. Relata que en los alegatos, el mantenimiento de la acusación en relación a los hechos se realizó en forma genérica, analizándose exclusivamente el monto del perjuicio patrimonial en cada una de las 72 causas, obviando el análisis en torno a los otros elementos típicos, como el error y el engaño.

Aduna que el a quo en los fundamentos afirma que se alegó en forma separada en cada una de las causas, lo que no fue así.

Refiere que la **omisión del horario acarrea la nulidad del acta**, según art. 406 inc. 1 CPP, porque se trata de disimular la escueta contestación efectuada por las dos defensas al corto alegato fiscal. Sostiene que la imputación precisa permite al imputado ejercer su derecho material y al defensor seleccionar la estrategia más adecuada.

Agrega que el juzgador ha completado la acusación, por lo que es nula. Relata que no se dijo en qué consistió el error de las supuestas víctimas, cómo llegaron a él, si habían motivos para actuar de otra manera o si el supuesto error ha sido fruto de su propia culpa. Cuestiona por otra parte, que se tomó como **agravante para la pena**, una circunstancia no probada como es la personalidad psicopática y el frío ánimo de Opazo.

Agrega que la pena es injusta, porque su pupilo es un trabajador en relación de dependencia, un asalariado y no se advierte el motivo por el que no se le ha impuesto una condena de ejecución condicional. La defensa oficial de Figueroa se agravia porque se han inobservado los arts. 167, 405 y 406 CPP, en cuanto a la forma de actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal y a las especificaciones que debe contener el acta de debate, en función del 198 inc. 2 y 3 CPP, afectando el principio de congruencia y el contradictorio que rigen el debido proceso y el derecho de defensa.

Expresa que debe hacerse un nuevo relato de los hechos conforme a las resultas del debate, expresando con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar, determinando cuál fue la acción, tipicidad y el modo de participación.

En particular, dice que en el requerimiento de la causa 19471/12 no se determina de qué modo participó Figueroa, pero en esa pieza procesal se le atribuyó el hecho como autor y en la sentencia fue condenado como coautor. También señala que el a quo se equivocó cuando dijo que los imputados no cuestionaron los requerimientos leídos, y es un error porque Opazo sí declaró y negó su participación y el hecho que Figueroa no haya declarado no implica que los haya aceptado, sino que es inocente y es el Estado quien debe probar lo contrario. Agrega que se habló de la «víctima de turno», siendo que la víctima debe estar individualizada con nombre y apellido, y cuál fue su actitud y su acción; que el monto de la defraudación debe ser individual, ya que todas son causas individuales y ello tiene implicancia en la valoración de la extensión del daño, que es un parámetro a tener en cuenta para aplicar la pena, ya que no es lo mismo un perjuicio de 2500 pesos que de 390.600.

Que su parte no pudo ejercer actos de defensa, porque no se contó con debida acusación y que el acta de debate es nula por no contener las conclusiones del Ministerio Fiscal, lo que afecta el derecho de defensa, así como son nulos los alegatos y también la sentencia. Indica que del acta de debate surge la hora de comienzo de la audiencia pero no la de finalización del acto, de donde infiere que la fiscal alegó en 72 causas durante una hora, lo que no deja dudas de que lo hizo en forma genérica. Se queja porque se abrió el período probatorio el 8 de noviembre de 2013 y sin cerrar el mismo, se pasó a un cuarto intermedio. De este día no se hizo mención en el acta de debate, habiéndose pasado al día 19 en que comienzan con

el cierre del período probatorio y la discusión final. Relata que él no asistió durante el debate al imputado, por lo que tiene un vacío en la etapa probatoria, no pudiendo saber a ciencia cierta si el 18 de noviembre se incorporó prueba favorable a su defendido.

Por otra parte, dice que los hechos son atípicos, porque tienen su génesis en un negocio con causa ilícita, es decir, que las víctimas persiguieron una finalidad ilícita o inmoral, porque esperaban obtener un beneficio que tenía su base en una conducta ilícita del que es presentado como autor del engaño y que hubo falta de diligencia mínima por parte de los denunciados, quienes con un simple llamado al IPV hubieran resuelto todo.

Sobre la pena, dice que su pupilo no tiene antecedentes y la escala penal permite la aplicación de una condena de ejecución condicional, aún en su extremo de tres años.

Formulan reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictamina que se deben rechazar los recursos, porque ninguna de las defensas puede acreditar indefensión.

Primero, porque la fiscal adujo que los requerimientos de citación a juicio fueron leídos íntegramente en la apertura del tratamiento de cada causa, y ellos no fueron cuestionados o negados por los imputados.

Además, porque dicha magistrada se explayó sobre el accionar de cada uno de los imputados y las circunstancias en base a las que desarrollaban el ardid o engaño, incluso sobre la calidad de delegado gremial de Opazo, lo que les inspiraba más confianza a las víctimas.

Sobre el segundo agravio, considera que el a quo analizó las circunstancias objetivas y subjetivas de los dos encausados, valorando el daño material causado y las posibilidades económicas de las víctimas.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Nanclares. Preopinante.

I. Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos deben ser rechazados.

En primer lugar, porque en el sub-lite no se configura el principal agravio que invocan los dos recurrentes, esto es, **la violación al principio de congruencia, al contradictorio y al derecho de defensa**, ya que la acusación y la sentencia versaron sobre un mismo acontecimiento histórico: los setenta y dos hechos que se le imputan a los encartados, que permanecieron incólumes a lo largo del proceso y fueron calificados del mismo modo en sus distintas etapas, lo que excluye la posibilidad de que se haya configurado una situación de sorpresa que impida el cabal ejercicio del derecho de defensa. En este sentido se ha expedido esta Sala en su actual conformación, en el expediente CUIJ 13-03848696-3/1 «**Torres Surget**».

Allí, en lo pertinente para la solución del presente, se dijo que «[...] el **llamado principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia** implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación», explicando que «el criterio que se desprende de estos fundamentos, y que entiendo correcto, conceptualiza un principio de congruencia fuerte en su dimensión fáctica y débil en sentido jurídico, aunque matizado por el concepto de “sorpresa”.

Esto implica decir que los hechos contenidos en la acusación son absolutamente inmodificables por el juzgador, pero éste puede apartarse del sentido jurídico que el acusador le da a la solución en tanto no se altere la base fáctica y siempre que el cambio de calificación no implique una sorpresa para el imputado», lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

Es más, en base a ello se descarta la procedencia la queja de la defensa de Figueroa, relativa a que en el requerimiento se determinó que el nombrado había participado como autor y en la sentencia fue condenado como coautor, grado de participación que implica una misma actividad. Por otra parte, el acta de debate da cuenta que se dio lectura a la citación a juicio que obra a fs. 405/410 (fs. 813), efectuándose también la lectura de la misma pieza de fs. 104/109 vta., según fs. 814 vta. A fs. 815 se leyó la citación de fs. 73/78 y la de fs. 78/83 y fs. 106/111 y así sucesivamente se procedió con cada uno de esos actos procesales según fluye de dicho instrumento, desde fs. 815 vta. a fs. 826.

También consta que a fs. 813 vta., cuando se fue a recibir el primer testimonio de la causa, «[...] el Señor Fiscal de Cámara solicita se deje constancia en acta que el testigo va a declarar en forma genérica para todas las causas, corrida vista a las defensas [...] manifiestan no tener objeciones que formular».

Por ello, el desconocimiento de los actos ejecutados, según el acta que los encartados y sus defensores suscribieron, así como el cuestionamiento de la modalidad consentida expresamente para el tratamiento de la causa, atentan contra el principio de los actos propios. Esta Corte ha dicho, en términos aplicables al presente, que «[...] el prevenido no manifestó su oposición, y aceptó tal circunstancia sin planteo alguno y su defensa prestó expresamente su consentimiento para ello, ello importa afirmar que en la especie, no ha existido violación del derecho de defensa [...]» resultando de «[...] plena aplicación en la especie la doctrina de los actos propios ("**García Contreras**", L.S. 337-083)» (Expte. N° 107.905).

A esto se suma que el acta de debate prementada –fs. 813/829 vta.– es un instrumento público, que en la medida que contenga los requisitos de forma exigibles bajo conminación de nulidad, hace plena fe hasta que sea argüida de falsedad por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que se documentan como cumplidos ante el funcionario público interviniente, o que se mencionan como pasados en su presencia (**Conf., José I. Cafferata Nores - Aída Tarditti «Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado», tomo 1, p. 379; L.S. 368-199, entre otros**).

En la especie, desde el punto de vista formal, contiene todos los recaudos establecidos por el art. 406 C.P.P. bajo sanción de nulidad, incluso los que los censurantes indican como omitidos; y su contenido no ha sido objetado por la vía idónea, ya que ninguno de los letrados intentó la redargución de falsedad.

En consecuencia, debe tenerse por cierto que la fiscal de cámara coadyuvante «[...] luego de analizar los hechos, testimonios y prueba rendidos, manifiesta que va mantener la calificación de estafa, artículo 172 del Código Penal, solicitando[...]» pena para cada imputado (acta, fs. 829, el subrayado me pertenece), por lo que el **inciso 5) del art. 406 CPP** ha sido observado.

De esto se deriva que la afirmación del letrado de Figueroa, referida a que se incurre en el error de reproducir los requerimientos en los alegatos, en lugar de hacer un nuevo relato de los hechos según las resultas del debate (recurso, fs. 1119), es contradicha por el texto en el párrafo anterior transcrito y subrayado.

De similar forma, la aseveración del defensor de Opazo sobre que el a quo intentó suplir la ausencia de acusación fiscal válida, no reconoce en autos más prueba que sus dichos.

En tanto, la sentencia describe el discurso de cierre de la fiscalía -a cuyos términos me remito a los efectos de evitar la transcripción de las cinco fojas completas que insumió tal actuación (fundamentos, fs. 846/850 vta.)-, lo que encuentra correlato en el fragmento del acta precedentemente citado, que fue firmado por los defensores y demás comparecientes, y no en las manifestaciones que efectúan los recurrentes.

El agravio sobre la brevedad de dicho alegato, evidencia una apreciación personal de los impugnantes, ya que una prolongada duración del discurso, no implica por sí que se haya ajustado a las prescripciones

legales, y de las fojas individualizadas, surge que el alegato cuestionado ha cumplido con los requisitos impuestos por el art. 167 CPP, no adoleciendo de los vicios que le endilgan ni de arbitrariedad alguna.

Al respecto, considero que una adecuada técnica en un sistema oral acusatorio, aconseja alegatos breves, concisos y contundentes, a punto tal que la Corte de Estados Unidos, sólo concede veinte minutos para la formulación de los alegatos.

A mayor abundamiento, el juzgador señaló que la fiscal subrogante intervino «Con la agudeza que la caracteriza [...]» (fundamentos, fs. 865 vta). Con relación al inciso 1) del art. 406 del código adjetivo, la doctrina interpreta que su consignación deficiente sólo puede generar una nulidad relativa (**José I. Cafferata Nores - Aída Tarditti "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado", Editorial Mediterránea, t. 2, p. 245**).

Además, frente a lo hasta acá desarrollado y la cantidad de las probanzas reunidas, queda descartado que la exacta determinación de los horarios que señalan los quejosos, revista la decisividad suficiente para modificar la solución a la que se arriba, o que el día 19 de noviembre se haya producido alguna prueba dirimente favorable a Figueroa, a la luz del método de la inclusión mental hipotética usado por esta Sala reiteradamente (L.S. 397-124, 397-177, 400-38). Por su parte, los recursos no constituyen una crítica razonada de la sentencia, sino que reflejan la discrepancia de las defensas con el criterio valorativo que utilizó el inferior, lo que los torna insusceptibles de conmovir la decisión adoptada (Conf., L.S. 400-240, 407-155, entre otros).

Ello se verifica, por ejemplo, cuando se quejan porque se tuvo en cuenta el monto total de la estafa y no el perjuicio individual que sufrió cada víctima, lo que no fue así, puesto que el a quo relata que la fiscal detalló número de causas e importe defraudado en cada una (fundamentos, fs. 846 vta.), además del monto total, no ofreciendo prueba alguna de sus dichos el quejoso, así como tampoco surge del acto sentencial en trato, que se haya considerado la falta de declaración de Figueroa como una aceptación de los hechos que se le endilgan; hechos que fueron comprobados mediante la numerosa prueba rendida, que lo incrimina.

II. Desde otro punto de vista, el dictum refleja con claridad y concluyentemente, a partir de las pruebas rendidas, la concurrencia de los presupuestos requeridos para la configuración de la estafa en cada uno de los casos juzgados; esto es, la relación causal entre el ardid, el error generado por éste y la disposición patrimonial que deriva del vicio de la voluntad de las víctimas y les ocasiona perjuicio (conf., L.S. 244-120, entre otros).

También emerge de las actuaciones, el conocimiento de los acusados del carácter perjudicial de la disposición y la voluntad de usar el ardid o engaño para inducir a error a las víctimas para que la realicen (**Creus, Carlos, «Derecho Penal – Parte Especial», Astrea, Buenos Aires, 1.997, tomo 1, página 473, citado por Andrés José D'Alessio, «Código Penal comentado y anotado», La Ley, 2007, tomo 2 p. 461**).

También, esta Sala con antelación ha establecido que el art. 172 C.P. no exige en el sujeto pasivo una actitud diligente y razonablemente inteligente, ya que la estructura del tipo legal de la estafa debe ser definida por lo que el autor hace y no por lo que la víctima deja de hacer.

Ergo, su falta de diligencia no puede tener el efecto de transformar los actos cumplidos por los encartados y de premiar a los culpables con la impunidad (conf., L.S. 265-250, 387-21), por lo que el agravio centrado en este aspecto tampoco puede ser acogido. A ello se aduna, que ha sido analizado en los alegatos y luego en la sentencia, según fluye de su texto, cómo de varias formas, los imputados consiguieron la confianza que generó que los denunciantes no tomaran más precauciones frente a la disposición que realizaron, entre ellos, el hecho que Opazo era delegado gremial ante el SUPE. Así, resaltó que varios damnificados

dijeron que de no haber intervenido Opazo en estas negociaciones, no habrían contratado con Figueroa, por más título y por más influencia que hubiese invocado (fundamentos, fs. 864 vta.), especificando que aprovechó el prestigio del que gozaba y el grado de confianza que le tenía su grupo de conocidos. Este extremo fue inferido de «[...] los relatos, gestos y vivencias que transmitieron los más de sesenta perjudicados que declararon en las sucesivas y maratónicas sesiones de audiencia, explicando en detalles de qué forma fueron embaucadas no sólo por Figueroa,[...]» (fundamentos, fs. 868); damnificados que se mostraron «[...] claros, precisos, seguros, contundentes a la hora de contar los hechos», detallando que «[...] se vivieron situaciones de suma tensión,[...]», particularmente cuando los deponentes tenían a sus espaldas a los causantes de sus desventuras (fundamentos, fs. 879 vta. y 880 vta.).

Con relación a Figueroa, explica el a quo que de los testimonios fluye, entre otros aspectos ya reseñados sobre las influencias que invocaba y la actividad laboral que decía desplegar, que vestía con elegancia y sobriedad y demostraba una falsa preocupación por ayudar a los más necesitados (fundamentos, fs. 878 vta.), aprovechándose de la admiración y adulación que le rendían los tarjeteros municipales, cuidadores de edificios y otros trabajadores de la zona donde él se movía, que vieron en su persona por sus gestos de ayuda y grandilocuencia, a un político ganador que se preocupaba por la suerte de los pobres (fundamentos, fs. 879).

En consecuencia, también de la intermediación que le proporcionó el debate, infirió el sentenciante que «[...] no hubo controversia alguna entre las partes respecto de la materialidad de cada maniobra investigada, sus protagonistas, las circunstancias [...] en que se produjeron ni los montos involucrados» (fundamentos, fs. 876). El tema de la atipicidad de los hechos, debido a que se generaron en un negocio con causa ilícita, fue introducido por los defensores en el debate (fundamentos, fs. 876 y vta.) y simplemente reiterado por la defensa actual de Figueroa, sin refutar los argumentos en virtud de los cuales el juzgador rechazó el planteo, por lo que debe ser desestimado (L.S. 438-47, entre otros). III. La penalidad aplicada a los encartados se encuentra entre los límites mínimo y máximo de la escala penal correspondiente a los delitos de estafa en concurso real endilgados, que parte de un mes de prisión y llega a los cincuenta años, motivo por el que la falta de prueba específica sobre el tipo de personalidad de Opazo que invoca su defensor, es irrelevante para disminuirla.

A esto se suma que ha sido fundada en forma adecuada, tanto el monto como el cumplimiento de la pena (fs. 1062/1069 vta.), a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala en el sentido que para conllevar la extrema solución de su nulidad, los defectos que presente la motivación, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros), lo que en la especie no ocurre.

En particular, destacó el a quo que las víctimas eran tarjeteros municipales, empleados y obreros de empresas de servicios de la zona de Luján con sueldos limitadísimos y hasta amas de casa cuyos ingresos provenían de su trabajo por hora en casas de familia; esto es, «gente humilde, de escasos recursos, que pusieron todos sus ahorros y todos sus esfuerzos materiales [...]» para obtener «[...] una vivienda propia y asegurarle a futuro un techo a sus hijos» (fundamentos, fs. 1063 vta.), y que se manejaron a lo largo de la sustanciación de la causa, «[...] siempre con indiferencia, ocultamiento, frialdad, aún en los peores momentos de histeria de algunas de sus damnificadas» (fundamentos, fs. 1068 vta.).

Por lo tanto, y opinión concordante del Señor Procurador General, corresponde confirmar la sentencia cuestionada, por no adolecer de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1096/1101 por la defensa de Daniel Ernesto Lenín Opazo Illanes, y el recurso de casación interpuesto a fs. 1117/1124 por la defensa oficial de Hugo Alberto Figueroa González.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presentes las reservas formuladas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JORGE H. NANCLARES Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.-

9- URETA. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FP	-	-	-	-	-	A	-		-	-3°	-	-	474 -1°

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcUreta.pdf

Lex: Art. 168, 62 inc. 2° y 67 del CP y art. 474 inc. 1° CPP.

Vox: Extorsión. Acto interruptivo. Suspensión de la Prescripción. Ejercicio de cargo público.

Summa:

El **TPC N°1 - 1° CJ** resolvió no hacer lugar a la excepción de prescripción solicitada en favor del imputado.

La **defensa** interpone recurso de casación contra la resolución.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado el recurso casatorio promovido por ser sustancialmente improcedente.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por el **TPC N° 1-1° CJ**.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mirábile Santillán
- Rodríguez Merzetti
- Barroso Gómez (LS 563-171)

b-CSJN

- Ramos. 15-12-15:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7271282&cache=1689888118857>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. (Licencia) Valerio.

(R.B.)

Fallo:

CUIJ: 13-04412890-4/1((018601-84851)) FC/URETA GALLARDO CLAUDIO ALBERTO, FARRANDO PAEZ PEDRO ALFREDO P/EXTORSION EN GRADO DE TENTATIVA (84851) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104492843*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04412890-4/1, caratulada "FC/ URETA GALLARDO Y FARRANDO PÁEZ P/ EXTORSIÓN EN GRADO DE TENTATIVA".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. OMAR A. PALERMO y tercero, DR. JOSÉ V. VALERIO. La defensa de Claudio Alberto Ureta Gallardo interpone recurso de casación (fs. 521/525) contra la resolución de fs. 517/518 emanada del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial que rechaza el pedido de sobreseimiento por prescripción de la acción penal del delito investigado en autos (art. 62 inc. 2 y 67, ambos del C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El juez sentenciante rechazó la excepción de prescripción de la acción penal planteada por la defensa del imputado. Para ello, en lo pertinente para la solución del recurso, tuvo en cuenta que el imputado mantuvo su cargo de policía durante el curso de la prescripción, hasta que dejó de cumplir funciones el 15 de febrero de 2017, momento en el que fue cesanteado por medio de la resolución N° 423 S. En este sentido, el a quo entendió que la cesantía puede considerarse suficiente para entender reanudado el plazo de la prescripción de la acción penal, porque las razones de orden material que el legislador tuvo en cuenta al momento de gestar el texto de la ley se refieren a la posibilidad de que la persona, al ejercer la función pública que le sirvió de base para la comisión del delito, influya en el proceso que se sigue en su contra. Sin embargo, en la sentencia se estima que la cesantía de febrero de 2017 no retrotrae el plazo de la prescripción al último acto útil (requerimiento de citación a juicio del 15 de marzo de 2012), ya que el tiempo en el que Claudio Ureta continuó cumpliendo funciones como policía, no debe ser computado. En consecuencia, en la sentencia se explica que el plazo de la prescripción debe contarse desde la fecha en la que el imputado fue cesanteado, por lo que la acción penal por el delito imputado se encuentra vigente.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de Luis Garay considera que la sentencia referida padece vicios in iudicando, conforme lo establecido por el inc. 1 del art. 474 de la ley de rito.

Señala, después de hacer una breve referencia a los fundamentos del instituto de la prescripción, que el tribunal ha interpretado arbitrariamente la causal de suspensión de plazo prevista en el art 67, párr. 2° del C.P.

Argumenta que la suspensión del plazo de la prescripción conforme la norma citada solo procede cuando el funcionario ostenta una jerarquía o proximidad al ejercicio de la acción suficiente para sospechar que podría emplear su autoridad o influencia para perjudicar la persecución penal. Esto, según la perspectiva del recurrente, no se comprobaría en el caso de su defendido.

De este modo, concluye que en tanto el hecho ilícito imputado (extorsión en grado de tentativa, arts. 168 y 42 C.P.) se produjo a mediados del año 2010, el último acto con naturaleza interruptiva se configuró el día 15 de marzo de 2012, fecha en la que se dictó auto de citación a juicio y, al considerar que la escala penal que conlleva hipotéticamente tendría un máximo de 5 años de prisión, la acción se encontraría prescripta.

Por último, agrega que el atraso en la aplicación del poder punitivo estatal es atribuible a los órganos judiciales y no a la obstaculización que su defendido, a través de su influencia como funcionario público, hubiera podido desarrollar a lo largo del mismo.

A raíz de ello estima vulnerada en el caso concreto la garantía a un juzgamiento en un plazo razonable. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por ser evidente que resulta sustancialmente improcedente, conforme las previsiones del art. 461 C.P.P. (fs. 548/549). Sostiene que el impugnante desconoce que la extinción de la acción penal por prescripción es improcedente cuando el imputado se encontrare en ejercicio de un cargo público.

En apoyo de esta tesitura expresa que en el presente legajo que si bien el último acto con naturaleza interruptiva a los términos del art. 67 C.P se configuró el día 15 de marzo de 2012, fecha en que el tribunal dictó el auto de citación a juicio, el curso de la prescripción de la acción penal se encontraba suspendido, toda vez que el encartado al momento de la comisión del hecho detentaba el rol de funcionario público. Ello así, hasta el día que, por resolución administrativa, se ordenó su cesantía con fecha 15 de febrero de 2017, notificada el día 16 del mismo mes y año.

Agrega que la suspensión del plazo de la prescripción en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, mientras el autor ostente la calidad de funcionario público, se basa en evitar la obstaculización de la investigación.

Por ende, no puede considerarse violado el plazo razonable para ser juzgado. Más aún, si se tiene en cuenta que, desde que ocurrió el hecho existió actividad procesal de parte de la fiscalía, la defensa y el tribunal, conforme las distintas etapas procesales que se iban transitando.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso casatorio impetrado.

El recurso defensivo se dirige a cuestionar la interpretación que el a quo ha efectuado en relación con la causal de suspensión de la prescripción de la acción penal prevista en el párrafo segundo del art. 67 C.P. Sostiene, en lo esencial, que no debe realizarse una aplicación automática de la norma, sino que debe considerarse, en el caso concreto, si el imputado ostentaba capacidad funcional para evitar ser perseguido.

Si ello no se comprobare, según la propuesta de la defensa, entonces la prescripción habría de transcurrir ordinariamente.

En primer término, cabe recordar que el art. 67 del Código Penal en su segundo párrafo establece, en lo que aquí interesa, que «la prescripción [...] se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público».

Esta causal implica que, si autor o partícipe hubiese cometido el hecho delictivo en ejercicio de un cargo público, entonces el plazo de la prescripción se suspende. Sobre si esta causal es de aplicación automática o ha de comprobarse que en el caso concreto el imputado ha perjudicado u obstruido de alguna manera el avance de la investigación, este tribunal ya ha tenido la posibilidad de manifestarse en otros pronunciamientos tales como **“Miráble Santillán”**, **“Rodríguez Merzetti”** y **“Barroso Gómez”**.

En efecto, en **“Miráble Santillán”** se expresó que la causal de suspensión prevista en el segundo párrafo del art. 67 del Código Penal contempla aquellos casos en los que una eventual investigación se dirija contra un funcionario público por lo que ese individuo efectivamente hizo en el ámbito de su función y mientras ostentaba esa especial calidad, circunstancias que no solo lo sitúan en una posición diferenciada al momento de comisión del presunto ilícito, sino que le otorgan la posibilidad de ejercer influencias o realizar actos que pudieran perjudicar el normal desarrollo del proceso o el éxito de la investigación seguida en su contra, que es lo que se pretende impedir.

Dicho con otras palabras, el motivo de este supuesto de suspensión del curso de la prescripción no es la condición de funcionario público en sí, sino la intervención en un hecho presuntamente delictivo de una persona que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente -en términos del art. 77 del C.P.-, y cuya investigación podría verse obstaculizada por los privilegios que se derivan del cargo que aquella desempeña, independientemente del grado de jerarquía que ostente.

Por su parte, en **“Rodríguez Merzetti”**, en la misma línea, se señaló que, a los efectos del Derecho penal, los conceptos de funcionario público y empleado público se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia ésta que se constituye en la clave para atribuir esa calidad al agente.

Lo cual entiendo es un argumento más a favor de la no graduación de los agentes estatales al momento de aplicar la causal de suspensión ahora analizada.

Finalmente, en **“Barroso Gómez”** se añadió que la circunstancia de desempeñar un cargo público justifica que el curso de la prescripción de la acción penal se vea suspendido intertanto el imputado continúe en ejercicio de aquella función.

Así, se evita que la persecución penal se agote como consecuencia de las dilaciones u obstáculos que ellos puedan articular con esa finalidad.

Todo ello independientemente de su rango o jerarquía.

En efecto, cabe destacar que, en el caso de autos, si bien la investigación penal preparatoria ya ha concluido, el debate oral y público aún no se ha efectuado y, por lo tanto, aún no se ha producido la prueba pertinente en esta fase del proceso.

Tampoco puede soslayarse el tipo de delito que se investiga en esto obrados -extorsión- y que algunos de los eventuales testigos forman parte de esa institución.

Estas circunstancias adquieren relevancia a fin de determinar si el cargo desempeñado por los imputados les permite efectivamente ejercer alguna influencia en el curso del proceso, aun en el caso de que se siguiera la postura que plantea el recurrente, según la cual la norma bajo estudio no resultaría de aplicación automática.

Así, la solución adoptada por el juez sentenciante es correcta. Es que, Ureta Gallardo, hasta la fecha de su cesantía siguió desempeñando tareas en la Policía de Mendoza, institución en la que prestaba funciones en oportunidad de producirse los hechos investigados.

La situación señalada revela de forma evidente que la posibilidad de ejercer alguna influencia u obstaculizar el curso de la investigación cobra relevancia en las presentes actuaciones.

En estas, la permanencia del imputado en el ámbito específico de la actividad que motivó el inicio de estos obrados, la proximidad con eventuales elementos de prueba y los posibles vínculos personales que el mismo pueda mantener, constituyen eventuales fuentes -directas o indirectas- de injerencia ilegítima en el proceso penal, y concreta, a su vez, los fines tenidos en miras por el legislador al fijar los lineamientos de política-criminal establecidos por la Ley 25.188.

En otras palabras, en estos obrados existen elementos suficientes para justificar la suspensión del curso de la prescripción establecida en el segundo párrafo del art. 67 del C.P., hasta el momento de la cesantía en febrero de 2017, en tanto se verifican todas aquellas circunstancias que inspiraron al legislador al regular el instituto de la prescripción en nuestro sistema penal.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta que nuestro Tribunal ha expresado que, en casos como el presente, el segundo párrafo del art. 67 del C.P. obliga al juez de la causa si no a rechazar de plano el reclamo de extinción de la acción, al menos a tomar seriamente en cuenta el fundamento de la norma adoptada por el Congreso de la Nación.

A su vez, el cumplimiento de esos recaudos resulta tanto más exigible en el caso en que su inobservancia pone en juego la responsabilidad internacional del Estado Argentino en virtud de los compromisos asumidos mediante la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobadas por las leyes 24.759 y 26.097, respectivamente)» (CSJN, Fallo del 15 de diciembre de 2015, “**Ramos, Sergio**”).

Con base en lo dicho hasta aquí, comparto la solución adoptada por el tribunal impugnado, al apreciar que el curso de la prescripción se ha visto suspendido justificadamente por todo el lapso de tiempo que Ureta Gallardo ha estado en ejercicio de la función, independientemente de su cargo o jerarquía.

En consecuencia, la suspensión del curso de la prescripción no resulta atribuible a la administración de justicia, sino que encuentra razón tanto en el plano formal, como en el material, con base en la calidad de funcionario público que el imputado detentó durante el curso de la investigación antes de quedar cesante. Todo ello, conforme lo establecido por el segundo párrafo del art. 67 C.P., por lo cual, no se advierte violación alguna de la garantía del plazo razonable.

Más aún cuando advierto que este legajo se encuentra en la etapa de juicio, con fecha de debate fijada, todo lo cual se encuentra pendiente debido a las presentaciones de los abogados defensores.

Con base en las consideraciones precedentes, y en la misma línea que lo dictaminado por el señor Procurador General estimo que ha de rechazarse el recurso defensivo interpuesto por la defensa oficial de Claudio Alberto Ureta Gallardo.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. ADARO DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 521/525 por la defensa técnica de Claudio Alberto Ureta Gallardo.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dr. Carlos A. Reig para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.-

10- GUEVARA y ot. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	-	-	-	353 474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSegura.pdf

Lex: Art. 172 del CP. 353 inc. 5° del CPP.

Vox: Defraudación. Sobreseimiento.

Summa:

La **Cámara de Apelaciones en lo Criminal** (hoy TPC) hizo lugar al recurso de apelación incoado por la Querellante particular, revocó -en consecuencia- el auto de elevación a juicio (art. 473 y cc. del CPP) y **sobreseyó** a Víctor Hugo Guevara, Oscar Edmundo Nieto Morales, Sergio Paulino Cinco Castro, Rafael Pérez Burzotta, Alfredo César Domínguez Cornejo, José Martín Gil Cudeiro, Octavio Claros Claro, Jorge Orlando Caffé López, Pablo Gabriel Mayol Rodríguez y Agapito Rejas, de conformidad con lo establecido por el art. 353, inc. 5° del CPP.

El **MPF y la Querella** interponen recurso de casación (Art. 474 CPP).

El **Procurador General** mantiene el recurso promovido por el MPF.

La **SCJM** resolvió hacer lugar a los recursos de casación planteados por la entonces Fiscal de Cámara de Apelaciones, y por el representante de la parte querellante, y, en consecuencia, casar la sentencia N° 85 de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal, que deberá quedar redactada del siguiente modo: «I. No hacer lugar al recurso de apelación incoado a fs. 1584/1585 por el Dr. Alfredo Mellado, y en consecuencia, confirmar el auto de elevación a juicio de fs. 1566/1579 (art. 473 y cc. del CPP)», remitiendo las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a efectos de que prosiga la causa según su estado (art. 486 C.P.P.).

Resolución cuestionada: Sentencia N° 85, pronunciada por la Cámara de Apelaciones-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Rodríguez Gonzalo. 30-06-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzMDA=&t=abla=c2M=>
- L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros.

La garantía contenida en el art. 18 CN que establece la necesidad de "juicio previo" es equivalente a "proceso previo", concebido como una "entidad jurídica prefijada" cuya completa tramitación será imprescindible para poder aplicar una pena al acusado de la comisión de un delito. Esta construcción legal dispone en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben

cumplirse en su desarrollo, quiénes pueden ser sus protagonistas, qué formas deben observar y en qué orden deben cumplirse.

Es el sistema normativo el que viene a establecer diversas escalas o niveles de convicción respecto de la comprobación de los extremos fácticos sobre los que se erige una imputación delictiva, esto es, sobre la responsabilidad penal de un sujeto en la presunta comisión de un ilícito penal, la que presupone un caudal probatorio con entidad que debe ser reputada por el funcionario interviniente como suficiente. Por lo tanto, basta para imputar, y por ende, para dar curso a la investigación preliminar, la presencia de un estado inicial de sospecha, promovido por la existencia de motivos bastantes para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible.

Debe tenerse presente que la clausura de la investigación sólo tiene lugar cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene, por lo que no es posible asimilar clausura con agotamiento, , ya que aquella importa preclusión de una determinada etapa, atento al carácter gradual y progresivo del proceso penal, con lo que no podrá pretenderse la realización de ningún acto procesal que forme parte de la misma, con lo cual no implica per se un cierre definitivo de la investigación, sino sólo de una instancia procesal.

El juicio de certeza aparece plenamente expresado en el acto sentencial, en tanto instrumento sintetizador de todo el proceso penal, por cuanto viene a resolver en definitiva la situación procesal de aquel sujeto sobre el que, cumplido el derrotero procesal, aquel nivel de probabilidad e incertidumbre que es propio a las etapas iniciales fue dejando paso para el arribo de una resolución jurisdiccional cuya seguridad jurídica viene entrelazada con la certeza alcanzada por el juzgador: condenando o absolviendo.

El delito de defraudación fiduciaria supone la existencia de una relación de causa - efecto entre la ejecución de acciones infieles efectivas por parte del titular fiduciario a través de actos maliciosos y abusivos y, a consecuencia de éstos el fraude en desmedro patrimonial de los contratantes. El abuso de confianza aparece como eje central de la conducta delictiva. Es un delito de resultado que supone, para consumación, la provocación de aquel perjuicio.

SCJM. Dres.: **Valerio. Palermo** (Licencia). Adaro.

(J.C.)

Fallo

CUIJ: 13-03703821-5/1((014701-100870)) FC/GUEVARA, VICTOR HUGO; REJAS, AGAPITO; PEREZ, RAFAEL; CLARO, OCTAVIO; CAFFE, JORGE; NIETO, OSCAR; CINCO, SERGIO; DOMINGUEZ, ALFREDO; GIL, JOSE MARTIN; MAYOL RODRIGUEZ, PABLO P/ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA" (100870) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103730432*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03703821-5 caratulada "F C/ GUEVARA, VÍCTOR HUGO; REJAS, AGAPITO; PÉREZ, RAFAEL; CLARO, OCTAVIO; CAFFE, JORGE; NIETO, OSCAR; CINCO, SERGIO; DOMÍNGUEZ, ALFREDO; GIL, JOSÉ MARTÍN; MAYOL RODRÍGUEZ, PABLO P/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA (100870) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 1625/1628 la entonces Fiscal de Cámara de Apelaciones, Dra. M. Paula Quiroga, y a fs. 1629/1666 el representante de la parte querellante, Dr. Roberto Fernando Solorsa formulan recursos de casación contra la sentencia N° 85 pronunciada por la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal, por cuanto hizo lugar al recurso de apelación incoado a fs. 1584/1585 por el Dr. Alfredo Mellado, revocó -en consecuencia- el auto de elevación a juicio de fs. 1566/1579 (art. 473 y cc. del CPP) y sobreseyó la presente causa N° P-100.870/07 en favor de Víctor Hugo Guevara, Oscar Edmundo Nieto Morales, Sergio Paulino Cinco Castro, Rafael Pérez Burzotta, Alfredo César Domínguez Cornejo, José Martín Gil Cudeiro, Octavio Claros Claro, Jorge Orlando Caffé López, Pablo Gabriel Mayol Rodríguez y Agapito Rejas, de conformidad con lo establecido por el art. 353, inc. 5° del CPP (fs. 1615/1619).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

La decisión impugnada hizo lugar al recurso de apelación planteado por la defensa contra el auto de elevación a juicio pronunciado por el Tercer Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial y sobreseyó a los imputados del delito de defraudación por administración fraudulenta (art. 173 inc. 7 del CP) que se les atribuyó según el requerimiento fiscal de citación a juicio de fs. 1309/1319. Para así resolver, el Tribunal consideró que el auto de elevación a juicio de fs. 1566/1579 replicaba los vicios del previamente anulado por esa Cámara a fs. 1557/1560 relativos a la indeterminación de la violación de deberes y participación en el hecho de cada uno de los imputados. El hecho por el cual el Tercer Juzgado de Garantías elevó la causa a juicio a fs. 1566/1579 es el siguiente: «Que en el período comprendido entre los años 2001 y 2007, Víctor Hugo Guevara, Pablo Gabriel Mayol, Agapito Rejas, Oscar Nieto, Sergio Cinco, Rafael Pérez, Alfredo Domínguez, José Martín Gil, Octavio Claros y Jorge Caffé en el ejercicio de la administración de la Cooperativa de Provisión y Servicios de Productores y Comerciantes de Frutas y Hortalizas y Afines Acceso Este Limitada con domicilio en Acceso Este y Tapón Moyano Distrito Jesús

Nazareno Guaymallén Mendoza cometieron las siguientes irregularidades: ausencia de facturación, egresos de fondos sin comprobantes y en recibos comunes sin membrete ni identificación del proveedor o prestador del servicio, registración contable deficiente o inexistente, pago de seguros de vehículos particulares con fondos de la Cooperativa, diferencia de precio entre la planilla de caja y la factura por compra de materiales de construcción a la firma Carlos Manduca, salida de fondos por pesos cinco mil novecientos sesenta y cuatro (\$5.964) por pago a Imprenta el Santo, siendo que en el comprobante de la misma el monto pagado asciende a pesos ciento diecinueve con setenta y nueve centavos no verificándose el ingreso a la Cooperativa de la diferencia, duplicidad de comprobantes, falta de fondos destinados a ser depositados en cuenta bancaria, dos empréstitos con el Fondo de Transformación y Crecimiento del Gobierno de la Provincia de Mendoza préstamos, créditos no atendidos y falta de acreditación de la inversión por el importe de las sumas recibidas lo que deriva como perjuicio la imposibilidad de cobro del crédito restante a fin de continuar con las obras de construcción pactadas y la indisponibilidad del terreno a fin de procurarse financiamiento porque el mismo se encuentra gravado como garantía del préstamo, documentación en la que constan pagos por servicios atribuidos a Juan Torres y Juan Romera escritos y firmados por Víctor Guevara, contrato celebrado con Rumaos S.A. de concesión del terreno de la cooperativa por 50 años sin exigirle canon en oposición a lo establecido por el consejo que había fijado como canon de concesión dólares cuatrocientos diecisiete (USD 44417) el metro cuadrado, por lo que los fondos propios y/o ajenos de la Cooperativa de Provisión y Servicios de Productores y Comerciantes de Frutas Hortalizas y Afines Acceso

Este limitada destinados a un objeto diferente del que fue su origen o generación ocasionaro perjuicio a la entidad». «Las conductas descriptas y calificadas evidencian no sólo un daño al patrimonio ajeno sino también un lucro indebido, mediante la evidente violación de los deberes a cargo de cada uno de los involucrados, miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa. Estos deberes surgen de las disposiciones del Capítulo VII de la Ley de Cooperativas N° 20.337 y, en especial, del artículo 74 de tal cuerpo normativo toda vez que la calidad de miembros integrantes del Consejo de Administración de la entidad implica y conlleva una responsabilidad directa por los actos y operaciones de aquélla, cuya exención o eximición debe ser acreditada en el caso concreto ya sea mediante prueba de no haber participado en la reunión que adoptó la resolución impugnada o constancia en acta de su voto en contra, circunstancia que no obra en estos autos» (fs. 1570 vta./1571).

La entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal consideró que el párrafo final citado constituye la única novedad de la resolución, y que cuando la ley N° 20.337 habla de responsabilidad por violación de la ley, el estatuto o el reglamento, no hace referencia a la responsabilidad penal, sino a la que surge del derecho común. A entender de la Cámara de Apelaciones, la función de garantía del tipo exige que, para acreditar el elemento subjetivo del delito -constituido en este caso por el dolo y el fin de procurar para sí o un tercero un lucro indebido o causar un daño- deba corroborarse la actuación del agente con las circunstancias de tiempo, lugar y persona. De lo contrario, si se aplicara sin más la regla contenida en el art. 74 de la ley 20.337 se consagraría una responsabilidad por el resultado, en violación al principio de culpabilidad. A juicio de la Cámara de Apelaciones, esto no ha sido suficientemente explicado en el auto de elevación a juicio apelado, que fue raudamente reiterado luego de haber sido nulificado el anterior.

En tanto consideró que una nueva declaración de nulidad no haría más que extender la situación de indefinición procesal de los imputados, efectuó un análisis respecto de si el auto de elevación a juicio daba cuenta del rol desempeñado por cada imputado, que arrojó resultado negativo. Señaló que el Fiscal de Instrucción dedujo directamente a partir de las irregularidades no sólo el actuar doloso, sino también el

elemento subjetivo distinto del dolo antes aludido, sin un razonamiento consecuente con las reglas de la sana crítica racional. A juicio del a quo, esta situación ameritaba el dictado del sobreseimiento de los imputados por haberse alcanzado un estado de duda insuperable, pues se mantiene el grado de sospecha inicial sobre la participación personal de cada inculpa, no habiéndose logrado la probabilidad positiva requerida para elevar la causa a juicio. En base a ello, y en tanto se encontraban vencidos los términos de la investigación penal preparatoria sin que apareciera como razonable objetivamente la incorporación de nuevas pruebas, admitió el recurso y sobreseyó a los acusados por aplicación del art. 353 inc. 5° del CPP.

2.- Recursos de casación

2.a. Recurso de casación de la Fiscal de la Cámara de Apelaciones

El planteo se funda en el art. 474 inc. 2° del CPP, esto es, por considerar que la resolución que impugna adolece de vicios in procedendo. Afirma que las constancias de la causa dan cuenta de suficientes elementos de convicción que tornan injustificado el sobreseimiento pronunciado, en tanto han quedado acreditadas las irregularidades en el manejo de la cooperativa en cuestión y el perjuicio sufrido por ésta; lo que prueba la pericia contable realizada por el Cuerpo Médico Forense (CMF), incuestionada por la entonces Cámara de Apelaciones. Asevera que existen elementos de convicción suficientes para elevar la causa a juicio, en tanto «probabilidad» implica un acercamiento posible al éxito de la acción emprendida, aunque no su obtención total. Las pruebas incorporadas permiten sostener, con el grado de provisoriedad propio de la etapa procesal en curso, la responsabilidad de los imputados en el hecho intimado. En relación a la falta de determinación de la conducta desarrollada por cada imputado y la prueba del elemento subjetivo del tipo, sostiene que el a quo ha omitido valorar el estatuto de constitución de la sociedad, que establece la función del Consejo de Administración y su forma de funcionamiento por mayoría de votos de los consejeros presentes, instrumento que no puede ser desconocido por los miembros del Consejo, máxime cuando cinco de ellos fueron socios fundadores. Tampoco se han meritado las conclusiones de los sumarios administrativos realizados de conformidad con la ley de cooperativas, de los que surgen irregularidades en la administración y su conocimiento por parte de los imputados.

Esto último, además, queda demostrado también por la falta de pago de préstamos otorgados por el Fondo para la Transformación y el Crecimiento o de impuesto a la AFIP, obligaciones que cualquier hombre medio puede dimensionar y que permiten distinguir entre un mero desorden administrativo o contable y el elemento subjetivo de la administración fraudulenta. A entender de la Fiscal, los imputados tuvieron conocimiento de que actuaban en violación de sus deberes y en perjuicio de los intereses confiados, y la voluntad de hacerlo. Cita doctrina para aseverar que tanto la causación misma de daño como la pretensión de causarlo constituyen formas de infidelidad en la administración.

2.b. Recurso del querellante particular

La impugnación se funda en la existencia de vicios in procedendo e in iudicando en la decisión (art. 474 inc. 1° y 2° del CPP). A entender del querellante la resolución, por una parte, interpreta erróneamente, inobserva y omite aplicar el art. 173 inc. 7° del CP y el art. 74 de la Ley de Cooperativas N° 20.337; y por otra adolece de arbitrariedad, irrazonabilidad y falta de fundamentación. En tanto el escrito recursivo es extenso y reiterativo, los agravios manifestados han sido estructurados y enumerados para su tratamiento del siguiente modo: 2.b.1. Vicios in iudicando En relación al art. 173 inc. 7° del CP, afirma que ha sido considerado de forma parcial y limitada, sin tener en cuenta las distintas modalidades de administración

fraudulenta posibles, y que ha descalificado de manera injustificada el método lógico seguido por la jueza de garantías para tener por acreditado el elemento subjetivo. Afirma que el delito de administración fraudulenta comprende una gama de conductas típicas que tienen en común el abuso o la transgresión por parte del sujeto activo de funciones propias de su cargo que le imponen un especial deber de cuidado patrimonial. Es un tipo que comprende dos acciones: «infidelidad defraudatoria» o conducta de perjudicar los intereses confiados, y «abuso defraudatorio» u obligación abusiva del titular de tales intereses. Esta distinción impacta sobre el elemento subjetivo, lo que no ha sido considerado por el a quo y, por ello, implica una errónea interpretación de la ley sustancial. A su juicio, el aspecto subjetivo se vincula con la materialidad del hecho y debe abarcar el abuso en la ejecución del mandato o la violación de los deberes, más el lucro indebido o daño patrimonial. El fin de procurar para sí o un tercero un lucro indebido no es aplicable a todos los métodos comisivos. Cita doctrina que sostiene que en el caso de abuso de confianza el propósito de causar daño del autor no da sustento a un elemento subjetivo distinto del dolo, sino que designa la necesidad del dolo directo de primer grado. Entonces, en la modalidad «abuso de confianza» el dolo especial se confunde o superpone con el dolo directo, y puede darse mediante actos que disminuyan el activo confiado, actos de los cuales abundan ejemplos en el caso de autos, tal como surge del auto de elevación a juicio. Las acreditadas irregularidades dejan claro el propósito de dañar de los autores y no fueron consideradas ni valoradas por la Cámara del Crimen, que de manera arbitraria emitió una opinión sobre el elemento subjetivo. Afirma que el dolo es una realidad psicológica que puede suponerse o inferirse y, en el caso, debe derivarse de la valoración integral de la naturaleza de los actos, la modalidad de comisión, el perjuicio resultado y las circunstancias de realización. No es demostrable en forma directa ni perceptible por los sentidos, por lo que su acreditación es indirecta a partir de la exterioridad del comportamiento del imputado y del contexto del hecho. A su vez, la motivación empleada para acreditarlo debe respetar las reglas de la lógica a partir de inferencias razonables deducidas del hecho. En el caso, no puede afirmarse ni suponerse que las conductas de los imputados tuvieran un contenido intencional distinto del exigido por el tipo: la falsificación de documentos, recibos y facturas; los manejos irregulares de cheques de la entidad; la alteración de balances, son conductas que no dejan espacio a otra interpretación. Máxime si se considera que todas las conductas fueron realizadas en forma reiterada, habitual y sistemática; que de ellas se derivaba un perjuicio para la Cooperativa; que en la mayoría de los casos implicó un impacto en el patrimonio de la sociedad; y que los libros contables no daban cuenta de ello. La cantidad, variedad y entidad de las irregularidades es -a criterio de la querellante- suficiente prueba del elemento subjetivo a la luz de las reglas de la lógica y la razonabilidad. Lo contrario implica desconocer las constancias probadas de la causa. Sobre la referencia del a quo al art. 74 de la Ley de Cooperativas, refiere que ha sido erróneamente limitada como factor de atribución de responsabilidad penal y reduce de manera infundada el ámbito de aplicación de la norma. El desvalor de acción del delito en tratamiento consiste en la violación o transgresión por parte del autor de los deberes jurídicos específicos que éste asume respecto del patrimonio ajeno. Los deberes específicos de los imputados surgen de la Ley de Cooperativas (N° 20.337), cuyo art. 74 establece la forma de eximición de responsabilidad por violación de tales deberes. El a quo incurre en un notorio error al descartar el alcance de la norma al ámbito penal: la administración fraudulenta está relacionada con las disposiciones del Código Civil y otras normas administrativas, un rasgo que la distingue de otros delitos. Los deberes de los administradores están fijados en normas extrapenales y delimitan el ámbito de competencia acordado al agente. En el caso, la administración de la cooperativa se encontraba a cargo de un cuerpo colegiado, el Consejo de Administración, que integraron los imputados durante siete años y por cuyas decisiones

responden los miembros que forman su voluntad. No se trata de atribución de responsabilidad penal por el mero resultado, sino que cada consejero ha tenido necesaria y efectiva participación en la toma de decisiones, por lo que les es imputable el resultado. Resulta erróneo y excesivo para la etapa procesal exigir, como lo hace el a quo, que en el auto de elevación a juicio se haga constar una relación circunstanciada de la actuación personal de cada consejero, divorciando ese extremo de su carácter de miembro del órgano de administración plural y colegiado. En todo caso, debería haberse dilucidado en la etapa de debate oral.

2.b.2 Vicios in procedendo Como vicios de procedimiento, asevera el recurrente que la decisión carece de motivación en tanto no resulta una derivación razonada de las circunstancias del caso, por lo que es aparente, arbitraria, abstracta y carente de relación con el caso. Ello en base a las siguientes consideraciones. Por una parte, refiere que es falsa la afirmación de la Cámara de Apelaciones según la cual el auto de elevación a juicio repite los vicios del anterior auto anulado. También señala que es falsa y contradictoria la afirmación de que dicha resolución no se pronuncia sobre el elemento subjetivo del delito. El a quo señala que la jueza no dijo nada sobre el elemento subjetivo, pero luego sostuvo que el Fiscal deducía ese elemento directamente de las irregularidades. Además, una valoración global y contextual del cúmulo de irregularidades impide asignar a una falta de intención o propósito de lucro como motivo de la conducta de los autores. Considera que la Jueza de Garantías hizo mención expresa, clara y concreta al criterio legal de donde surge la violación de deberes a cargo de los imputados, así como el conocimiento, consentimiento y participación punible de cada uno de ellos en las irregularidades atribuidas. Remite a tales efectos a los fundamentos contenidos a fs. 1573, 1574, 1576 y 1579 y vta.

A su vez, entiende que la resolución es arbitraria en tanto ha omitido considerar el plexo probatorio decisivo existente en la causa, lo que torna irracional el proceso lógico seguido: no puede sostenerse la inexistencia de un elemento del tipo sin considerar el hecho, sus circunstancias modales, las características de los imputados y su forma de actuar. Además, se encuentra suficientemente probado que los imputados eran responsables directos de la administración de la cooperativa, el régimen de responsabilidad que les cabía; el cumplimiento del rol de consejeros; la violación de los deberes a cargo; la existencia de irregularidades; su variedad, cantidad y gravedad; su conocimiento por parte de los imputados; la entidad y magnitud de los intereses económicos administrados; los montos implicados; y la naturaleza y magnitud de la entidad perjudicada. Afirma que el sistema de libre valoración de la prueba vigente en nuestro sistema procesal reclama la existencia de elementos de convicción suficientes, establecidos a partir de una motivación lógica y razonada y de la libertad probatoria. Por su parte, refiere que es arbitraria porque ha cuestionado la metodología empleada por la jueza de garantías para tener por acreditado el elemento subjetivo, sin brindar motivos para ello. Los argumentos de la Cámara de Apelaciones al respecto son, a criterio de la defensa, reproducción de citas doctrinarias y jurisprudenciales de modo genérico y sin vinculación con la causa que se resuelve. En otro orden, entiende que el a quo ha omitido brindar razones para dictar el sobreseimiento, que a su entender fue precipitado y carente de sustento en la causa. En su lugar, debería haberse reenviado la causa al juzgado de Garantías, porque de otro modo se echan por tierra los arduos esfuerzos de fiscales y peritos en la investigación del hecho. El único argumento esgrimido por la Cámara de Apelaciones para dictar el sobreseimiento es el factor tiempo, sin considerar la alta complejidad de la causa, la gran cantidad de prueba incorporada, el prolongado período investigado -de siete años-, la abundante información para procesar -considerando que se trata de una de las cooperativas más grandes del país- ni la actitud notablemente obstruccionista de la defensa. Cuestiona por irrazonable la falta de consideración de estas circunstancias y la sola atención al derecho de los imputados a que no se dilate su indeterminación procesal. Afirma el recurrente que para

el dictado del auto de elevación a juicio no se requiere certidumbre apodíctica, sino que basta con un juicio de probabilidad sobre la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad de los autores. No puede exigirse en esta etapa la descripción en detalle de elementos cuya determinación final y minuciosa requiere, lógicamente, su consideración en el debate oral. En este sentido, la señora jueza de garantías ha reseñado los extremos probatorios que la llevaron a estimar la existencia del hecho y la participación de los imputados, en un auto debidamente motivado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de la Fiscal de Cámara y, en oportunidad de expedirse sobre las impugnaciones, considera que deben ser acogidas, anulada la resolución impugnada y remitida la causa a origen a efectos de que prosiga según su estado, en tanto la sentencia no aparece razonable en cuanto a la determinación de la inexistencia del delito de administración fraudulenta en tanto esta figura está compuesta por infidelidades y abusos conforme el plexo probatorio que la jueza de garantías reseña y eleva a juicio.

Si se omite la consideración particular de las conductas llevadas a cabo, es imposible a su entender concluir que no se configuran los elementos especiales del ánimo: para causar daño u obtener un lucro indebido.

El juicio oral es el lugar natural donde la investigación se produce y se coteja, y donde el Tribunal -con todas las ventajas de la inmediación- puede arribar a una conclusión valedera. Sin el análisis de los casos concretos y sólo con referencia dogmática no se puede determinar la existencia o inexistencia del elemento subjetivo del delito, tal como hizo el a quo. La responsabilidad penal de los miembros del Consejo de Administración debe ser dilucidada en el conocimiento efectivo que han tenido de las maniobras fraudulentas o abusivas, teniendo presente como indicio que ya han tenido la voluntad de decidir sobre la realización de las mismas mediante votación, siendo el debate la oportunidad en la que los jueces, mediante el cotejo de las pruebas y declaraciones, pueden atribuir el conocimiento individualmente y de acuerdo al principio de culpabilidad.

Privar a la causa de esta instancia, habida cuenta de la materialidad de las irregularidades acreditadas es, al menos, apresurado. Agrega que, para la prueba del elemento subjetivo del delito, resultan relevantes los sumarios administrativos llevados a cabo dentro de la Cooperativa, de los cuales surge la existencia de irregularidades probadas y su conocimiento por parte de los imputados. Los elementos probatorios obrantes en la elevación a juicio son suficientes para promover el proceso a la etapa siguiente, con la provisoriedad que caracteriza esta etapa.

4.- La solución del caso

Voto. Dr. Valerio. Preopinante.

En adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se exponen, entiendo que corresponde hacer lugar a las impugnaciones efectuadas por el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular.

Ello a tenor de los argumentos que a continuación se exponen. A fin de resolver los recursos planteados, es preciso señalar de forma preliminar que este Cuerpo ha sostenido de manera reiterada el criterio en base al cual resulta atribución del tribunal de casación dar tratamiento al agravio que más convenga a la solución del caso, puesto que la ley adjetiva no establece un orden de precedencia que deba seguirse al examinar las causales de impugnación extraordinarias (**L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros**).

En primer lugar, resulta indispensable efectuar una breve síntesis expositiva de los actos procesales relevantes de la causa.

En el caso en tratamiento la defensa de los imputados cuestionó -entre otras cosas- la forma en que el representante fiscal determinó el hecho por el cual se los acusaba en su requisitoria de citación a juicio.

La jueza de garantías rechazó el planteo y elevó la causa a juicio, decisión a su vez apelada por la defensa.

La entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal hizo lugar a la apelación, por considerar que no se advertía con claridad en la resolución en qué habría consistido la violación de los deberes a cargo de cada uno de los imputados y, sobre todo, que cada uno hubiera conocido, consentido y participado en la administración irregular de la persona jurídica.

Expresó que no resultaba suficiente para acreditar la responsabilidad penal el hecho de formar parte del Consejo de Administración, si no se probaba, además, la intervención diferenciada de cada imputado en las decisiones de ese órgano.

En base a esas razones consideró que el auto de elevación a juicio carecía de motivación lógica, por ser ésta contradictoria, y lo anuló conforme lo previsto por la norma procesal -v. fs. 1557/1560, resolución del 17/11/14-.

Conforme ello, la jueza de garantías emitió un nuevo auto de elevación a juicio, en el cual explicó de qué forma los hechos pueden ser atribuidos a los acusados en virtud de la responsabilidad que emana del art. 74 de la Ley de Cooperativas.

Esa decisión fue nuevamente apelada por la defensa, y motivó que la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal sobreseyera a los imputados con base a dos premisas, a saber:

- i) que no se advierte en qué habría consistido la violación de deberes atribuible a cada imputado, ni que cada uno hubiera conocido, consentido y participado en la administración irregular de la cooperativa; y
- ii) que una segunda declaración de nulidad extendería la indefinición de la situación procesal de los acusados. A partir de estas afirmaciones, concluyó que correspondía dictar el sobreseimiento de los acusados por existir un estado de duda insuperable, conforme lo prevé el art. 353 inc. 5 del CPP.

En segundo lugar, y como a continuación explicaré, considero que ni las premisas ni la conclusión a la que arribó el tribunal de instancia previa se encuentran debidamente fundadas. Veamos.

En relación al agravio vinculado a la afirmación del a quo según la cual no se encuentra acreditada -de acuerdo con el grado de convicción propio de la etapa procesal por la que transita la causa- la intervención de cada acusado en el hecho, debe señalarse que asiste razón a los recurrentes en tanto aquella aserción carece de sustento jurídico y fáctico.

Por una parte, el auto de elevación a juicio emitido por el Juzgado de Garantías dio cuenta de que los acusados formaban parte del Consejo de Administración de la Cooperativa Acceso Este Ltda., motivo por el cual habían sido imputados del delito de defraudación por administración fraudulenta.

Esa resolución contiene una enumeración de los hechos constitutivos del delito, y una explicación suficiente acerca de cómo es el funcionamiento de una sociedad de esas características, es decir, qué deberes tenían los acusados en virtud de sus cargos como miembros del Consejo de Administración.

El fundamento jurídico de la responsabilidad de los acusados por los hechos imputados fue derivado del art. 74 de la Ley de Cooperativas N° 20.337, según el cual «[l]os consejeros sólo pueden ser eximidos de responsabilidad por violación de la ley, el estatuto o el reglamento, mediante la prueba de no haber participado en la reunión que adoptó la resolución impugnada o la constancia en acta de su voto en contra».

Dicho con otras palabras, la resolución de la jueza de garantías anulada por el a quo cumplía suficientemente con los requisitos de contenido de la acusación establecidos por el art. 358 del CPP. Ahora bien, el tribunal de instancia previa consideró insuficiente esa fundamentación, en base a tres argumentos:

- 1) que la responsabilidad a la que refiere la Ley de Cooperativas es civil, y no penal;
- 2) que otra posición consagraría una responsabilidad por el resultado, incompatible con el principio de culpabilidad; y
- 3) que no se encontraba acreditado el fin de procurar para sí o un tercero un lucro indebido, o de causar un daño. En relación con la limitación civil de la responsabilidad, el tribunal de apelación sólo señaló que «cuando la norma habla de “responsabilidad por violación de la ley, estatuto o reglamento”, no está haciendo referencia a la responsabilidad penal, sino a la que tiene su fundamento en el derecho común», a lo que agregó el argumento de que, de no ser así, se estaría consagrando una forma de responsabilidad objetiva y contraria al principio de culpabilidad.

A mi entender esas afirmaciones resultan insuficientes para considerar infundada la participación de los acusados en el hecho, pues consisten en aseveraciones teóricas sin sustento normativo, que no han sido derivadas lógicamente de una norma o principio jurídico, sino que emanan del arbitrio del juzgador.

Por otra parte, implican el desconocimiento de que la acción típica del delito de defraudación por administración fraudulenta es la de perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular de ellos, violando los deberes que se originan en el ejercicio del poder del autor -en función del manejo, administración o custodia de los bienes ajenos, que ejerce el agente-; esto es, exceder arbitrariamente las facultades conferidas -mediante actos no permitidos- o incumplir las obligaciones acordadas.

En delitos de infracción de deberes los alcances y límites de esos deberes -en este caso, de los administradores- emanan de las reglas que regulan la actividad -en este caso, actuación de la sociedad: su estatuto y la ley de cooperativas, tal como fue consignado en el auto de elevación a juicio anulado-.

En otras palabras, si el delito se comete por violación de las normas que rigen una actividad regulada, son precisamente esas reglas las que permiten conocer si los acusados actuaron dentro de los límites de su deber o no, por lo que no puede afirmarse que las implicaciones de la Ley de Cooperativas solamente determinan el ámbito de responsabilidad del derecho privado.

En relación con el tercer argumento, de corte probatorio, asiste razón a la representante del Ministerio Público Fiscal cuando afirma que el a quo omitió considerar que el estatuto de la sociedad que integraban los acusados dispone que el Consejo de Administración debía reunirse al menos una vez al mes, y que las decisiones debían adoptarse por mayoría de votos; así como las conclusiones de los sumarios administrativos de las que se desprende que las irregularidades eran conocidas por los imputados.

De hecho, estas pruebas no fueron siquiera consideradas por el tribunal a pesar de que el auto de elevación a juicio hizo alusión a la nómina del Consejo de Administración y a los sumarios internos. Lo contrario, tal como afirma la representante del Ministerio Público Fiscal, implicaría afirmar que los miembros del Consejo de Administración no tenían conocimiento del incumplimiento de obligaciones de gran importancia económica para la cooperativa, tales como préstamos del Fondo de la Transformación y el Crecimiento o el pago de obligaciones fiscales.

En definitiva, los argumentos del a quo empleados para considerar que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo del tipo ni la participación de los acusados en el hecho, se derivan lógicamente de premisas erróneas, por lo que no pueden fundamentar el sobreseimiento.

c. Finalmente, corresponde señalar que el caso analizado presenta semejanza con el precedente **«Rodríguez, Gonzalo»**, resuelto con anterioridad por este Tribunal. En aquella oportunidad se analizó el nivel de certidumbre probatoria que debe ser alcanzado en cada etapa del proceso penal, consideraciones a las que corresponde hacer remisión en honor a la brevedad.

Considero que en el presente caso la investigación penal preparatoria ha permitido incorporar al expediente un cuerpo de evidencia suficientemente sólido para superar la etapa crítica del proceso penal, motivo por el cual corresponde que la responsabilidad de los acusados por los hechos que se les atribuyen se defina en una audiencia de debate público.

Ese es el espacio propicio para el desarrollo de los principios acusatorio y contradictorio y resulta idóneo para analizar el mérito probatorio del material incorporado. ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Adhiere por sus fundamentos.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad a lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde casar la sentencia N° 85 de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal, que deberá quedar redactada del siguiente modo: «I. No hacer lugar al recurso de apelación incoado a fs. 1584/1585 por el Dr. Alfredo Mellado, y en consecuencia, confirmar el auto de elevación a juicio de fs. 1566/1579 (art. 473 y cc. del CPP)», debiendo remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a efectos de que prosiga la causa según su estado. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar a los recursos de casación planteados a fs. 1625/1628 por la entonces Fiscal de Cámara de Apelaciones, Dra. M. Paula Quiroga, y a fs. 1629/1666 por el representante de la parte querellante, Dr. Roberto Fernando Solorsa y, en consecuencia, casar la sentencia N° 85 de la entonces Cámara de Apelaciones en lo Criminal, que deberá quedar redactada del siguiente modo: «I. No hacer lugar al recurso de apelación incoado a fs. 1584/1585 por el Dr. Alfredo Mellado, y en consecuencia, confirmar el auto de elevación a juicio de fs. 1566/1579 (art. 473 y cc. del CPP)».
- 2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado correspondiente a efectos de que prosiga la causa según su estado (art. 486 C.P.P.).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro. Se deja constancia de que el Dr. Omar Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio de 2019.

11- ORDOÑEZ. 12-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	-	SJP	-	-1°
														-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190612_FcOrdonez.pdf

Lex: Art. 172 y 76 Bis del CP. Art. 474 incs. 1° y 2° del CPP.

Vox: Defraudación. SJP. Consentimiento vinculante.

Summa:

La Excma. **Segunda Cámara del Crimen** rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada.

La **Defensa** interpone recurso de inconstitucionalidad y de casación en subsidio.

El **Procurador General** estima deben ser rechazados.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad formulado por la defensa del acusado.

Resolución cuestionada: Resolución de la Segunda Cámara del Crimen - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Ayala Gil
- Contreras Mancuso
- Puente Cuello.
- Moreno Frías.
- L.S. 285-102;

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

b-CSJN

- 338:1026;
- 338:1504;
- 319:3148;
- 314:424;
- 327:5863;
- 314:407;
- 328:2056
- 253:362;
- 257:127;
- 308:1631
- Acosta

Parágrafos destacados

«[d]e las funciones que ostentan los Tribunales de Justicia, el ejercicio del control de constitucionalidad de una norma cuestionada constituye sin dudas la tarea más delicada pero la más propia del Poder Judicial, por cuanto al mismo se le ha encomendado la función de la efectiva declaración y aplicación del derecho en el caso concreto. Esto nos lleva a recordar el principio reiteradamente declarado por este Tribunal según el cual una ley en sí misma puede no ser inconstitucional, pero puede ser inconstitucional su aplicación al caso [...]»; así como que «[s]e encuentra plenamente aceptado que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas atribuciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, constituyendo un acto de gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al cual el juzgador debe acudir sólo como última ratio, cuando no tiene otra alternativa posible, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable [...]»

SCJM. Dres.: Adaro. Valerio. Palermo.

(R.B.)

Fallo

CUIJ: 13-04316969-0/1((020502-83672)) FC/ ORDOÑEZ EDUARDO DANIEL P/ DEFRAUDACION POR ABUSO DE CONFIANZA DEN. HORACIO HERNAN MOYANO (86758) P/ REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACIÓN *104391577*

En Mendoza, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04316969-0/1 caratulada “FC/ ORDÓÑEZ, EDUARDO DANIEL P/ DEFRAUDACIÓN POR ABUSO DE CONFIANZA DEN. HORACIO HERNÁN MOYANO (86758) P/ REC. EXT. DE INCONSTIT-CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La defensa de Eduardo Daniel Ordóñez Guzmán formula recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra las resoluciones N° 225/11 y 718/16 de la Procuración General y, en subsidio, recurso de casación contra la resolución de la Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial pronunciada a fs. 235/237, ello por cuanto rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada en estos autos N° P2-86.758/14 (fs. 235/237).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En lo que aquí interesa, la entonces Segunda Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado en base a la ausencia de consentimiento fiscal manifestada en dictamen motivado. Consideró que la posición del fiscal expuesta a fs. 230 vta. es válida en tanto cumplimenta las exigencias de motivación de las decisiones del Ministerio Público Fiscal, sin que el órgano jurisdiccional pueda analizar la índole de las razones allí esgrimidas. Destacó que el consentimiento fiscal es un requisito insoslayable para la concesión del instituto en examen, y que el fiscal había esbozado razones que fundaban su opinión de forma válida y ajustada a las constancias de autos. Refirió que el rechazo de la suspensión del juicio a prueba por falta de consentimiento fiscal era postura pacífica de este Tribunal. Consideró también que el titular de la acción penal es el sujeto apto para analizar cuestiones político-criminales, postulado que apoya en doctrina sobre el tema y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Afirmó que el dictamen fiscal fundado tiene carácter vinculante, premisa que basó en jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal.

2.- Recursos de inconstitucionalidad y casación de la defensa

a.- Recurso de inconstitucionalidad

El defensor sostiene que, a pesar de que en autos la víctima no se ha constituido en actor civil, el representante fiscal ha denegado su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba por considerar

insuficiente el ofrecimiento de reparación del daño efectuado con fundamento en las Resoluciones Generales N° 03/2004 y 718/2016. Considera que si bien el Procurador General se encuentra habilitado por las leyes 8.008 y 8.911 para dictar directivas generales a sus inferiores, la subordinación jerárquica que surge de las mencionadas leyes no permite el dictado de resoluciones que indiquen el tenor en que estos últimos deben pronunciarse. Señala que los señores fiscales deben -según los artículos 3 y 4 de la ley 8.008- obrar con objetividad, razonabilidad y que deben solicitar la suspensión de la persecución penal en los casos en que corresponda. Sostiene que el control de constitucionalidad de oficio es un deber que implícitamente impone la Constitución Nacional a todos los tribunales y que una posición contraria lesionaría el principio de igualdad, entendido como el derecho de todas las personas a la misma protección de la ley, sin discriminación alguna. Solicita la interpretación pro homine de la norma cuestionada y la aplicación de las pautas interpretativas fijadas por la Corte **Federal in re «Acosta»**.

En este orden de ideas, señala que en un sistema acusatorio formal, el sentido de la exigencia de consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba sólo puede fundarse en la aplicación de criterios de oportunidad político-criminal, en tanto si se fundase en la verificación de requisitos de legalidad del instituto y fuera vinculante, importaría la transferencia de funciones jurisdiccionales al agente acusador. En relación a la Res. PG 225/11, considera que excede el marco de las atribuciones conferidas al Procurador General, en tanto consagra una interpretación in malam partem del instituto de la suspensión del juicio a prueba. En cuanto al dictamen emitido en autos por el representante del Ministerio Público Fiscal, sostiene que es inmotivado, en tanto no se han expuesto las consideraciones de hecho y derecho que fundan su negativa a prestar el consentimiento.

Finalmente, señala que -a excepción del consentimiento fiscal- todos los requisitos de procedencia para la suspensión del juicio a prueba se encuentran cumplidos, en particular el pronóstico de condena de ejecución condicional. En relación a la reparación del daño, esencial en la valoración del agente fiscal para negar su consentimiento, efectúa dos afirmaciones. En primer lugar, que no se ha constituido en autos actor civil, requisito previo a la exigencia de la reparación del daño. En segundo lugar, que aun así se ha ofrecido una suma de dinero acorde a las circunstancias personales del imputado.

b.- Recurso de casación

En subsidio, la defensa formula recurso extraordinario de casación. Luego de hacer alusión a la recurribilidad objetiva de la resolución que impugna, formula agravios por considerar que la resolución adolece de vicios in procedendo e in iudicando previstos por el art. 474 incisos 1° y 2° del CPP. Se agravia, en primer lugar, de que el a quo ha omitido analizar la fundamentación del dictamen fiscal emitido en autos. Sostiene que se ha efectuado una errónea aplicación del art. 76 bis del Código Penal en relación al dictamen fiscal. Solicita nuevamente la aplicación de las pautas interpretativas que surgen del precedente «Acosta» de la Corte Federal y refiere que el dictamen fiscal no puede fundamentarse -como en el caso- en meras subjetividades u objetividades de lo que la norma dice, sino que debe valorar las circunstancias del hecho y el cumplimiento de los requisitos de procedencia del instituto.

Reitera que el dictamen se funda solamente en el desacuerdo del agente fiscal con la reparación del daño ofrecida, aun cuando en el caso no existe constitución de actor civil. Como vicio in procedendo invoca el incumplimiento por parte del fiscal del deber de fundamentar sus resoluciones, así como el derecho del imputado a ser oído por un juez competente y el principio de máxima taxatividad interpretativa. Cita el voto minoritario de este magistrado pronunciado en los autos «Ayala Gil» en esta Sala Segunda, en relación a los límites y requisitos que debe cumplir el dictamen del fiscal para considerarse fundado y no inmiscuirse en funciones jurisdiccionales, así como jurisprudencia de la entonces Tercera Cámara del

Crimen en relación a la exigencia de reparación del daño en la medida de lo posible. Sostiene que tanto el dictamen fiscal, como la resolución dictada en su consecuencia, son nulas de nulidad absoluta por afectar garantías constitucionales fundamentales. Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

Respecto del recurso formulado, el señor Procurador General emite dictamen glosado a fs. 262/264, en el que se pronuncia tanto sobre el recurso de inconstitucionalidad intentado por la defensa, como sobre el recurso de casación formulado en subsidio.

En relación al primero de ellos, cita el **precedente «Contreras Mancuso»** pronunciado por esta Suprema Corte de Justicia, en el que se reconoció la atribución del señor Procurador General de dictar instrucciones a los miembros del Ministerio Público Fiscal -conforme a los principios que rigen su actuación- y se sostuvo la constitucionalidad de la Res. 225/11.

Advierte que dicha resolución, cuestionada ahora por la defensa, no fue aplicada ni invocada por el agente fiscal en su dictamen. Por tales razones, considera que el recurso de inconstitucionalidad resulta inadmisibile.

En cuanto al recurso de casación planteado, sostiene que corresponde su rechazo en esta instancia, en tanto se funda en argumentos adversos a la jurisprudencia sostenida por este Tribunal en relación al carácter vinculante del dictamen fiscal fundado, sin ofrecer argumentos novedosos.

Sostiene que, contrariamente a lo manifestado por el recurrente, el dictamen fiscal emitido en autos se encuentra debidamente fundado.

Del mismo modo, la resolución del a quo brindó a su entender claras razones por las cuales consideraba vinculante el dictamen negativo del agente fiscal.

Por tales motivos, el señor Procurador General se pronuncia por el rechazo sustancial del recurso de casación formulado.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, debo adelantar que -por los motivos que a continuación se exponen- corresponde a mi entender rechazarse tanto el recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa como el recurso de casación formulado en subsidio. 4.a.- Recurso de inconstitucionalidad Del análisis de la impugnación efectuada por la defensa, así como de las normas cuya interpretación y aplicación vulneraría principios constitucionales, se desprende la inadmisibilidad formal del recurso planteado. Conforme surge del escrito recursivo, la defensa plantea la inconstitucionalidad de las resoluciones de Procuración General N° 225/11 y 718/16, presuntamente invocadas por parte del representante del Ministerio Público Fiscal interviniente al denegar su consentimiento para la concesión de la suspensión del juicio a prueba requerida. Luego de algunas consideraciones en torno al control de constitucionalidad (i), me dedicaré al análisis del planteo defensorista (ii). (i) De forma preliminar resulta adecuado señalar que este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones, siguiendo el criterio de la Corte Federal, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Así, la puesta en práctica de tan delicada facultad también requiere que el

planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige la jurisprudencia del Tribunal (L.S. **285-102; 330-223; 430-239; entre otros; Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424; 327:5863; 314:407; 328:2056**). De tal manera, el recurrente debe demostrar acabadamente «[...] de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional» (Fallos: 253:362; 257:127; 308:1631; entre otros).

De hecho, el temperamento citado ha sido recientemente ratificado por esta Sala, en tanto se ha sostenido que «[d]e las funciones que ostentan los Tribunales de Justicia, el ejercicio del control de constitucionalidad de una norma cuestionada constituye sin dudas la tarea más delicada pero la más propia del Poder Judicial, por cuanto al mismo se le ha encomendado la función de la efectiva declaración y aplicación del derecho en el caso concreto. Esto nos lleva a recordar el principio reiteradamente declarado por este Tribunal según el cual una ley en sí misma puede no ser inconstitucional, pero puede ser inconstitucional su aplicación al caso [...]»; así como que «[s]e encuentra plenamente aceptado que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas atribuciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, constituyendo un acto de gravedad institucional, configurativa del remedio extremo al cual el juzgador debe acudir sólo como última ratio, cuando no tiene otra alternativa posible, por lo que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable [...]» (**conf. expte N° 13-04071811-1/1, “Puente Cuello”**). Por último, allí también se sostuvo que «[e]l perjuicio concreto hacia el afectado, traducido en un desconocimiento o restricción injusta a alguna garantía, derecho, título o prerrogativa que le corresponde con arreglo de la Constitución, debe ser patente, y los esfuerzos argumentales deben dirigirse hacia la demostración cabal de tal situación». (ii).- Dicho esto, corresponde señalar que el recurrente, en su impugnación, ha omitido toda referencia a las normas constitucionales que considera vulneradas, lo que desde ya determina el destino negativo del recurso de inconstitucionalidad planteado. El análisis detallado de la impugnación conduce a la adopción de tal temperamento. Tal como se señaló en el apartado 1.a de esta resolución, la defensa hizo alusión en su recurso de inconstitucionalidad a los siguientes puntos: 1) que la subordinación jerárquica que rige la actuación del Ministerio Público Fiscal no permite el dictado de resoluciones que indiquen el tenor en que aquéllos deben pronunciarse; 2) que los señores fiscales deben obrar con objetividad, razonabilidad, y que deben solicitar la suspensión de la persecución penal en los casos en que corresponda; 3) que el control de constitucionalidad de oficio es un deber de los tribunales, y que una posición contraria al respecto lesionaría el principio de igualdad, entendido como el derecho de todas las personas, sin discriminación, a la misma protección de la ley; 4) que debe acudirse al principio pro homine así como a las pautas interpretativas fijadas por la Corte Federal in re “Acosta”, para meritar si el imputado es o no merecedor del beneficio; 5) que el sentido de la exigencia de consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba sólo puede fundarse en la aplicación de criterios de oportunidad; 6) que la Res. 225/11 de la Procuración General excede el marco de las atribuciones conferidas al Procurador General, en tanto consagra una interpretación «in malam partem» del instituto de la suspensión del juicio a prueba; 7) que el dictamen emitido en autos por el señor Fiscal es inmotivado en tanto no aluda a consideraciones de hecho y derecho; y 8) que -a excepción del consentimiento fiscal- todos los requisitos de procedencia para la suspensión del juicio a prueba se encuentran cumplidos, señalando en relación a la reparación del daño que no se ha constituido en autos actor civil, y que aún así se ha ofrecido una suma de dinero acorde a las circunstancias personales del imputado. De esa exhaustiva reseña se desprende que la defensa, efectivamente, no ha efectuado ninguna referencia a las normas constitucionales que considera vulneradas. En puridad, no ha dedicado segmento alguno de su escrito a argumentar en torno a la

inconstitucionalidad de las resoluciones de Procuración General N° 03/04 y 718/16, sino que solamente se ha referido a la Res. 225/11, la que no fue invocada por el agente fiscal en su dictamen. Finalmente, tampoco demuestra de qué modo la invocación de tales resoluciones por parte del Fiscal habría causado un perjuicio concreto a su defendido. Dicho con otras palabras, aunque la defensa se agravia de la falta de consentimiento fiscal y de la consencuencia negativa que ello tuvo para la suerte de la suspensión del juicio a prueba, la impugnación no permite efectuar el tipo de revisión exigida por el recurso de inconstitucionalidad, en tanto: 1) no se han individualizado las normas cuya aplicación contraría derechos o garantías constitucionales; 2) tampoco se ha indicado de qué modo se han visto afectados esos derechos o garantías, es decir, no se conoce el perjuicio concreto ocasionado; y 3) finalmente, no se han determinado las normas constitucionales supuestamente vulneradas. Como se adelantó, la prudencia que requiere la declaración de inconstitucionalidad de una norma y su carácter excepcional, así como las condiciones en que ha sido formulado el recurso, imponen el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la defensa, por lo que debe procederse al análisis del recurso de casación planteado en subsidio.

4.b.- Recurso de casación El recurso de casación formulado por la defensa para el caso en que no se hiciera lugar al recurso de inconstitucionalidad antes tratado debe asimismo ser rechazado, en base a las consideraciones que en lo sucesivo se exponen. Conforme surge de las presentes actuaciones, la impugnación formulada aparece como una discrepancia con el criterio expuesto por el a quo, sin brindar el recurrente adecuadas razones que conduzcan a su revocación. En efecto, la entonces Segunda Cámara del Crimen consideró improcedente la suspensión del juicio a prueba en el caso en tratamiento por considerar vinculante el dictamen emitido por el representante del Ministerio Público Fiscal, respecto del cual -contrariamente a lo sostenido por la defensa en su impugnación- efectivamente realizó un examen de legalidad y fundamentación -v. fs. 235/237-. De tal manera, y atento al criterio establecido por esta Sala con anterioridad respecto de los casos en los cuales el dictamen fiscal resulta vinculante para el juzgador -ver, a tales efectos, «Moreno Frías», CUIJ N° 13-04079446-2/1-, la resolución impugnada aparece adecuadamente fundada a los efectos de su mantenimiento como acto procesal válido, toda vez que no adolece de falencias que impliquen su anulación. En función de lo expuesto, esta Sala considera que el recurso de casación interpuesto por la defensa de Eduardo Daniel Ordóñez debe ser rechazado en esta instancia.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde omitir pronunciamiento sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el Dr. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad formulado por la defensa del acusado Eduardo Daniel Ordóñez Guzmán.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 12 de junio 2019.

12- SEGURA DESTEFANO. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcSegura.pdf

Lex: Art. 172 del CP.

Vox: Defraudación. Estafa. Abuso de confianza.

Summa:

La Excma. **Primera Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de a la pena de un año de prisión con los beneficios de su ejecución condicional (art. 26 del Código Penal), como autor penalmente responsable del delito de estafa por abuso de confianza. (Art. 172 del CP).

La **defensa** interpone recurso de casación (Art. 474 del CPP).

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso promovido.

La **SCJM** resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5486, pronunciada por la Primera Cámara del Crimen - 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 387-021
- L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062.

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

Parágrafos destacados

Además, debe tenerse en cuenta que «[e]l art.172 no exige en el sujeto pasivo una actitud diligente y razonablemente inteligente, ni que el sujeto activo despliegue una cierta aparatosidad externa. La estructura del tipo legal de la estafa debe ser definida por lo que el autor hace, y no por lo que la víctima deja de hacer. La falta de diligencia de la víctima para poner en descubierto el embuste no puede tener el mágico poder de transformar los actos cumplidos por el reo [acusado] y de premiar al culpable con la impunidad» (L.S. 387-021).

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Llorente.

(J.C.)

Fallo.

CUIJ: 13-04268172-9/1((020501-117094)) FC/ SEGURA DESTEFANO EDUARDO SEBASTIAN P/ DEFRAUDACION POR ABUSO DE CONFIANZA DEN. BETIANA VELGAS (117094) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104339984*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04268172-9/1 caratulada "FC/ SEGURA DESTEFANO, EDUARDO SEBASTIÁN P/DEFRAUDACIÓN POR ABUSO DE CONFIANZA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE.

A fs. 233/237, los defensores del acusado interponen recurso extraordinario de casación contra la Sentencia N° 5.486 de fecha 1 de noviembre de 2.017 (fs. 214 y vta.) y sus fundamentos (fs. 218/229 vta.) en cuanto condena a Eduardo Sebastián Segura Destefano a la pena de un año de prisión con los beneficios de su ejecución condicional (art. 26 del Código Penal), con costas, como autor penalmente responsable del delito de estafa por abuso de confianza, que se le atribuye en el marco de los autos N° 117.094/16 (art. 172 del Código Penal); pronunciamiento dictado por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

En la sentencia impugnada, el tribunal a quo tuvo por acreditado, con el grado de certeza requerido para el dictado de una condena, que «[e]n el mes de diciembre de 2014 Betiana Velgas y Eduardo Segura iniciaron una relación sentimental, que se consolidó por el mes de marzo de 2015. En el marco de dicha relación y por la confianza que mantenían, Betiana Velgas informó a Eduardo Segura que deseaba cambiar el vehículo de su propiedad marca Chery QQ modelo 2011 dominio JXF256, cuya titularidad registral ostentaba su hermana, Analía Velgas. Eduardo Segura llevó el vehículo a la agencia comercial del señor José Gabriel Cabrera, ubicada en calle Pichincha 38 de la ciudad de San Rafael, que conocía con anterioridad, con la excusa de tasar su valor.

Una vez en la agencia, acordó con el señor José Gabriel Cabrera una permuta de bienes, en virtud de la cual Segura entregaría el automotor Chery individualizado, una camioneta Isuzu de su propiedad (trasladada a la agencia por su cuñado Cristian Ramos) y un tractor de propiedad del señor José Antonio

Ramírez, ex cónyuge de Betiana Velgas, bien que ofreció en cambio a pesar de que no era propietario y sin la autorización de Ramírez ni de Velgas, quien no conocía las condiciones de la operación. Como contraprestación, José Gabriel Cabrera entregó un vehículo de su propiedad marca Toyota Corolla XE 1.8 dominio MKQ-832 que había adquirió a la agencia “Cerro Nevado” de San Rafael, y cuya titular dominial era la señora Liliana Baravalle, quien lo había entregado en venta, desprendiéndose del mismo. Posteriormente, Segura convenció a Betiana Velgas para que registren el dominio del vehículo Toyota en partes iguales, esto es cincuenta por ciento para cada uno, ocultándole que había comprometido en venta el tractor de propiedad de su ex cónyuge José Antonio Ramírez. Engañada por Eduardo Segura, Betiana Velgas accedió a la entrega del vehículo Chery y procuró que su hermana Analía Velgas firmara el formulario N° 08 del Registro del Automotor, acto que llevó a cabo el día 7 de julio de 2015 ante la Escribana Cecilia Rosales. A su vez, Segura entregó el tractor de José Antonio Ramírez al Sr. José Gabriel Cabrera. A partir del día 7 de julio de 2015, consolidando el ardid desarrollado, Eduar[d]o Segura interrumpió todo contacto social con Betiana Velgas, impidiendo que ella se comunique. Luego, el día 30 de setiembre de 2015, logró a través de la agencia “Cerro Nevado” la registración del vehículo Toyota dominio MKQ-832 bajo su titularidad, en un ciento por ciento del dominio. Finalmente, el señor José Antonio Ramírez recuperó la posesión del tractor de su propiedad, condición jurídica que el señor José Gabriel Cabrera desconocía, perdiendo la tenencia del bien, al igual que la del vehículo marca Toyota. El automotor marca Chery fue entregado por Cabrera al señor Roberto González y finalmente adquirido por el señor Ruben Pavez, quien se lo retornó al primero ante el reclamo por las dificultades de registración que presentaba, a cambio de un vehículo marca Citroen C3» (ver fundamentos, fs. 225 vta./226). Tales hechos fueron calificados por el Tribunal de sentencia bajo la figura de estafa por abuso de confianza, ilícito previsto y penado por el art. 172 del Código Penal, por el cual se le impuso al acusado la pena de un año de prisión de ejecución condicional, y pago de costas. En lo fundamental, el órgano sentenciante tuvo por probados los hechos a partir de la credibilidad asignada al testimonio de la denunciante, cuyos términos consideró respaldados objetiva y subjetivamente a través de los restantes elementos de prueba incorporados.

2.- El recurso de casación

A fs. 233/237 se presentan los defensores técnicos del imputado, impugnando la sentencia arriba individualizada, al considerar que resulta errónea la valoración de la prueba efectuada por el juzgador. En consecuencia, solicitan la anulación de la resolución en crisis y la absolución del acusado por la duda. Para sustentar su queja, los recurrentes cuestionan que el tribunal a quo interpretó las cuestiones fácticas debatidas del modo más perjudicial a la situación del imputado, favoreciendo de este modo a la denunciante, pese a no tener certeza sobre aquellos hechos que si bien fueron denunciados, no resultaron –a su criterio– probados. Advierten que la resolución criticada arribó a conclusiones arbitrarias, omitiendo valorar pruebas decisorias que, bien interpretadas, hubieran determinado una solución absolutoria por la duda. En apoyo de sus argumentos, expresan que: a) no existe prueba para acreditar que el imputado adquirió un vehículo marca Toyota con el dinero de la denunciante; b) que no se valoró que la denunciante sólo admitió haberle hecho firmar a su hermana, en su calidad de titular registral del vehículo Chery QQ, el formulario N° 08 en blanco, sin haber realizado ningún contrato de venta; por lo que resulta erróneo considerar –como lo hace el sentenciante– que Betiana Velgas entregó ese vehículo automotor a la agencia de Cabrera, por intermedio de Segura, lo que impide tener por cierto que éste haya no concretado su compra. Al respecto de esto último, rechazan que las conclusiones del juzgador de considerar probado

que el imputado realizó una operación de compra de un rodado en la agencia de Cabrera, entregando un vehículo y un tractor de la denunciante, ya que ésta sostuvo que no transfirió ni permitió transferir el automotor, y que tampoco fue entregado el tractor a tal comercio.

Por lo que resulta inexistente el supuesto perjuicio económico por ella sufrido. Por otro lado, expresan que la denunciante es una persona experta en hacer negocios con automóviles, que conoce y conocía la forma de concretarlos, y sabe que el negocio con su automóvil no se concretó, por lo que pudo pedir la inmediata devolución del rodado vía extrajudicial, o por vía civil si quien lo tenía se lo negaba, lo cual hace caer por tierra la interpretación del sentenciante que considera que aquella fue engañada por un ardid del imputado. Desde allí que, al no haber firmado ningún contrato que la obligaba a transferir su vehículo, bastaba con negarse a entregarlo si no recibía la contraprestación que quería.

Que esto fue lo que realmente ocurrió, ya que el Chery QQ siempre estuvo en condiciones de recuperarlo, y si nunca intentó ni emplazó al agenciero a que se devolviera fue porque lo que quería era continuar con la relación sentimental con el imputado, siendo éste el verdadero motivo de la denuncia penal. Concluye afirmando que existe duda sobre el engaño y/o ardid del acusado que haya provocado un error en la denunciante, ya que tomó todos los recaudos para no desprenderse de su automóvil. Su negligencia y despreocupación inicial en el negocio, no puede serle atribuida a su asistido.

3.- El dictamen del Procurador General

El señor Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial de la impugnación presentada, aconseja su rechazo y la confirmación de la sentencia recurrida (fs. 244/246).

Estima que la crítica casatoria consiste en una reedición de la estrategia defensiva, consistente en valorar nuevamente las declaraciones prestadas por la víctima, por su hermana y principalmente por el Cabrera, en procura de desacreditar la participación del acusado en el hecho, sin aportar elementos que permitan modificar las verdaderas circunstancias en que se produjo.

Que los fundamentos agregados en este sentido, desconocen que fue justamente la relación íntima entre el imputado y la denunciante la que generó la confianza y la despreocupación inicial en el negocio.

Señala que el testimonio del agenciero –Cabrera–, por el grado de participación que tuvo en la operación comercial que se realizó, se contrapone en su totalidad con las expresiones de la defensa, permitiendo demostrar que efectivamente el imputado ofreció los tres rodados para la permuta con por otro –marca Toyota– para ser adquirido en conjunto por la pareja, y que luego el encartado le manifestó directamente que lo pondría únicamente a su nombre, rogándole reserva de tal circunstancia para con la víctima.

Este extremo, dado por la existencia de las operaciones comerciales, y el ocultamiento de información del acusado con la víctima, también surge de otras testimoniales rendidas en autos, que permiten demostrar la existencia de la maniobra ardiosa en abuso de la relación de confianza que los unía, como también, del perjuicio patrimonial a la denunciante y, tangencialmente, al resto de los participantes del negocio que se concretó.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puestos en consideración los motivos de agravios presentados por los recurrentes, adelanto mi opinión en el sentido que corresponde desestimar la impugnación casatoria.

Me lleva a formular la afirmación precedente que, contrariamente a lo sostenido por los impugnantes, no advierto vicio alguno en la valoración probatoria realizada en los puntos objetados, esto es, en la materialidad de los hechos y participación del acusado.

Ello en tanto entiendo que ambos tópicos han quedado debidamente acreditados, conforme da cuenta el fallo que aquí se analiza. La defensa estructura la fundamentación de sus agravios a partir de considerar que los elementos de prueba disponibles son insuficientes para alcanzar el grado de convicción que requiere una sentencia de condena.

Desde allí se queja de la arbitraria interpretación de la prueba, ya que, a su criterio, no se han observado las reglas de la sana crítica y, además, se habrían omitido valorar elementos de prueba de valor decisivo, que hubieran modificado el sentido de la resolución en crisis.

Ahora bien, al ingresar en el tratamiento de los agravios puestos en consideración de este Tribunal, aprecio inicialmente que la insuficiencia probatoria alegada por la defensa del imputado no es tal y que, además, la labor axiológica que realizó el sentenciante del plexo probatorio reunido y debidamente incorporado, ha sido correcta.

Ciertamente, observo que el tribunal de sentencia dio exhaustiva respuesta a los planteo deducidos por los defensores particulares del acusado en ocasión de formular los alegatos de clausura, reclamos que reeditan ante esta sede sin lograr refutar los sólidos fundamentos en que se sustenta el rechazo criticado. En efecto, considero que todos los extremos típicos que reclama el delito atribuido al acusado, resultaron satisfactoriamente comprobados en la pieza sentencial impugnada.

En tal sentido, encuentro que el resolutivo en crisis recrea las declaraciones testificales que se produjeron durante el curso de la audiencia de debate, como también examina las constancias producidas en la etapa de investigación, cuyo ingreso por lectura al juicio no fue objetado por las partes (ver acta de debate, fs. 212 y vta.).

A esa prolija presentación de la prueba disponible se sumó luego un análisis que, acertadamente, dio cuenta de los hechos acontecidos. De esta manera, resultó demostrado que el imputado abusó de la relación de confianza que lo unía con su entonces pareja –Betiana Velgas–, mediante una maniobra ardiosa que consistió en ocultarle información relevante a la víctima, para así provocar que ella entregara un vehículo de su propiedad a una agencia de compraventa de automotores con el fin de adquirir en condominio, y por partes iguales, otro vehículo –marca Toyota–; obteniendo luego la inscripción registral del mismo a su nombre, como su único titular, perjudicando patrimonialmente no sólo a la denunciante, sino además, al resto de los participantes del negocio concretado engañosamente. Veamos.

En primer lugar, no cabe ninguna duda que, al momento en que se sucedieron los hechos investigados, la denunciante y el acusado mantenían una relación de índole sentimental, siendo ésta la causal generadora

del ámbito de confianza que fue aprovechado por el imputado para ejecutar la maniobra ardiosa. Relación que, según lo narrado por diversos testigos, resultó unilateralmente interrumpida por el imputado luego del suceso criminoso. Cabe aclarar que este aspecto no fue puesto en duda por la defensa, quien incluso pretendió identificar en ella la motivación de la denunciante en la interposición de la denuncia penal. Precisamente fue esa relación, y el ámbito de confianza que le resulta propio, de la que se valió provechosamente el imputado para realizar los comportamientos reprochados.

A su respecto, el sentenciante razonablemente señaló que «[l]a entrega de vehículos ajenos para adquirir el automotor Toyota se vio posibilitada por la posibilidad física de desplazar los bienes hasta la agencia de automotores, situación de la que ningún extraño a la mujer –denunciante– hubiera logrado claro está sin incurrir en conducta ilícita por la propia remoción de la cosa» (ver fundamentos, fs. 227 vta.). Este análisis me persuade a descartar uno de los argumentos utilizados por los defensores quienes, en su afán de desvincular de responsabilidad de Segura, pretendieron trasladarla a la denunciante por la no adopción de los debidos recaudos en la realización de la operación comercial cuestionada, cuando hacen hincapié en que Betiana tenía experiencia en este tipo de negocios.

A mi modo de ver, no le asiste la razón a los recurrentes en los argumentos que proponen. Tal como lo refiere el Procurador General, fue esa misma relación íntima de ambos la que generó la confianza y la despreocupación inicial en el negocio, ya que la familiaridad en el vínculo le dio la seguridad necesaria para confiarle sus bienes –en este caso, un automotor– y programar la compra de otro en común.

Además, debe tenerse en cuenta que «[e]l art.172 no exige en el sujeto pasivo una actitud diligente y razonablemente inteligente, ni que el sujeto activo despliegue una cierta aparatosidad externa. La estructura del tipo legal de la estafa debe ser definida por lo que el autor hace, y no por lo que la víctima deja de hacer. La falta de diligencia de la víctima para poner en descubierto el embuste no puede tener el mágico poder de transformar los actos cumplidos por el reo [acusado] y de premiar al culpable con la impunidad» (**L.S. 387-021**). A su vez, tampoco es cierto que la denunciante tuvo una actitud netamente pasiva o negligente.

De las constancias de la causa surge claramente que, tras una negociación inicial que Segura concertó personalmente con Cabrera para pautar las condiciones del negocio, en el que quedaban involucrados el automóvil Chery QQ de Betiana, un tractor y una camioneta Isuzu de su propiedad, a cambio de un vehículo marca Toyota, chapa patente MKQ-832, ella se dirigió a la agencia para conocer personalmente las condiciones en que se iba a realizar la transacción, entrevistándose directamente con el agenciero.

A lo que puede agregarse que le manifestó expresamente al acusado su intención de deshacer el negocio, para luego cursarle directamente una carta documento en el mismo sentido (fs. 4).

De allí que resultan atendibles y sólidas las razones invocadas en la sentencia para descartar el agravio propuesto. En segundo lugar, tampoco existe duda alguna que permita sospechar, como lo sugiere enfáticamente la defensa, que la operación comercial en la que resultó involucrado un bien de la denunciante –automotor marca Chery QQ– no se concretó.

Al respecto, el sentenciante tuvo por probada su efectiva realización, entre otros, mediante el testimonio de Cabrera, en su calidad de dueño de la agencia comercial en que tuvo lugar la operación mercantil. Esta declaración le valió, además, para comprobar la maniobra ardiosa pergeñada por el acusado. En concreto,

Cabrera señaló que los términos de la negociación los concertó originariamente con el imputado, quien le pidió que ocultara la operación comercial a la denunciante, especialmente respecto de dos cuestiones: primero, que como parte del pago del precio por la compra del automotor marca Toyota, se incluía no solamente el automóvil de su pareja, sino además, un tractor que pertenecía a la ex pareja de Betiana Velgas (José Antonio Ramírez), al que sólo tenía acceso material de forma ocasional; y, segundo, que aquel vehículo adquirido no lo registraría a nombre de ambos, sino sólo bajo su nombre. Además, la declaración de Rubén Darío Pavez que resulta transcripta en los fundamentos de la sentencia, permite confirmar este aspecto.

En concreto, afirmó haber adquirido el vehículo Chery QQ de un amigo de Cabrera de apellido González, el que luego falleció, agregando que incluso tenía el boleto de compraventa (fs. 221). Que por tal operación, entregó como parte de pago, un vehículo «doscientos seis» y, además, la suma de pesos treinta mil (\$30.000).

Y concluyó en que, tras haberle quitado los papeles, ya que González había fallecido, le devolvió el vehículo a Cabrera, porque «no quería tener problemas», lo que sucedió a los dos o tres meses de su adquisición (fs. 221 vta.). A lo que cabe agregar que la titular registral del vehículo –Analía Velgas–, por pedido expreso de su hermana –Betiana–, en fecha 7/7/15, acudió a la escribanía de Cecilia Fernández para firmar el formulario N° 08 en blanco, instrumento necesario para la transferencia del rodado. Con relación a la maniobra ardiosa practicada por Segura, coinciden los relatos de la denunciante –Betiana Velgas–, como también del agenciero –Cabrera–.

En efecto, el tribunal de sentencia tuvo por probado que, desde el comienzo de las operaciones practicadas, y con el designio de adquirir un vehículo para sí con bienes ajenos, al menos parcialmente, el imputado le ocultó información a la denunciante consistente en las verdaderas condiciones en que se iba a materializar la compraventa del automotor marca Toyota, de las que tuvo real conocimiento por la información suministrada posteriormente por Cabrera. A lo que se suma que, no bastando con ello, le solicitó específicamente al comerciante que le ocultara a la mujer la negociación realizada, particularmente en lo relativo a la registración del bien adquirido mediante permuta.

Así, fruto del engaño, confiada en que iba a adquirir junto con su pareja –en condominio– ese rodado, y aún sin saber tampoco que el imputado había comprometido como parte de la negociación la entrega de un tractor que era de aquella, se desprendió de un vehículo de su propiedad –Chery QQ–, entregándolo en un agencia de Cabrera, haciendo firmar a su hermana el formulario 08 necesario para la operación.

No puede desconocerse que fue la inscripción del vehículo en cuestión –Toyota, dominio MKQ832– a nombre del imputado como único titular, lo que provocó el perjuicio económico no sólo a la denunciante sino también al resto de las partes involucradas en la negociación.

Este elemento resultó objetivamente comprobado a través de las constancias de los autos N° 123.390 originarios del Tercer Juzgado de Instrucción, incorporados como prueba al presente proceso, del que surge que el día 30/11/2015 se formalizó la transferencia ante el Registro de la Propiedad del Automotor (ver fs.16/17).

En suma, con todo lo hasta aquí analizado, resulta acertado el silogismo deductivo seguido por el tribunal de juicio para comprobar la materialidad de los hechos y la responsabilidad penal que le cupo al acusado en ello.

Ello por cuanto, a mi modo de ver, resultaron enteramente comprobados todos los extremos típicos que requiere la figura penal bajo la cual resultó subsumido el hecho procesal. La denunciante –víctima–, fue inducida erróneamente a efectuar una disposición patrimonial ajena e injusta, lograda mediante la idónea maniobra ardiosa ejecutada por el imputado.

Cabe agregar que, no sólo es inequívoco el cuadro indiciario construido con base en la prueba válidamente incorporada al proceso, sino que, además, la **versión del acusado no resulta verosímil** en tanto no se encuentra respaldada en prueba alguna más que sus dichos. Y así fue descartada por el sentenciante.

Por el contrario, la versión de la acusación tendiente a acreditar la autoría del imputado en relación con el delito de estafa por abuso de confianza, está firmemente apuntalada en la declaración de la denunciante, y su corroboración con las expresiones de los testigos que depusieron durante la audiencia de debate, y el resto del plexo probatorio analizado en la sentencia criticada.

Resta decir que la posibilidad esbozada por los defensores de que su asistido sea beneficiado con el art. 2 del C.P.P. no puede ser acogida, desde que ello no es factible cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho; y en segundo lugar, cuando no surge el estado intelectual de duda que legitima la aplicación del mismo, por parte del Tribunal de juicio, aspectos que confluyen en autos (**L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062**).

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto a fs. 233/237 por la defensa del acusado Eduardo Sebastián Segura Destefano.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

13- DIFRIERI MARECO. 02-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC IE	-	-	A	-	-	-	-6°	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FyQcDifrieri.pdf

Lex: Art. 172 del CP. Art. 59 inc. 5° y 6° del CP. Art. 5, 26, 359 inc. 6° y 9° del CPP.

Vox: Estafa. Reparación integral del perjuicio. Conciliación. Prescripción de la acción penal.

Summa:

La Excma. **Quinta Cámara del Crimen**, condenó al señalado a la pena de tres años de prisión, con los beneficios de su ejecución condicional, con más la pena de inhabilitación especial en forma efectiva para ejercer la profesión de arquitecto por el plazo de seis años (art. 20 bis inc. 3° CP).

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal. Señala que se ha aplicado erróneamente el art. 59 inc. 6° del CP y se agravia al entender que la causal de extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio tiene una naturaleza objetiva que se extendería a su defendido. Interpreta acorde a esta tesitura lo dispuesto por el art. 353 incs. 4, 6 y 9 CPP. En segundo término, el recurrente objeta el encuadre jurídico de los hechos, cuestiona la concurrencia de los elementos de la estafa y, acto seguido, postula que los hechos investigados constituirían un incumplimiento contractual.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4925, pronunciada por la Quinta Cámara del Crimen, Sala unipersonal II-1° CJ. Actual Primer Tribunal Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177.
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- «Lemos Guerrero» https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- «Estrella. 29-06-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI2NTg=&tabla=c2M=>
- «Luna Amaya» https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230329_FcASL.pdf

Doctrina citada

SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación” en Poder Judicial, 3° época, N° 45, 1997, p. 201.

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

(J.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04313557-5/1((010505-24924)) F Y QUER. PART C/ DIFRIERI MARECO MARIO DAMIAN Y JAMAUX NUÑEZ CARLOS FERNANDO P/ ESTAFA (24924) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104387967*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-0424313557-5, caratulada "F. Y QUER. PART. C/ DIFRIERI MARECO, MARIO DAMIÁN Y JAMAUX NUÑEZ, CARLOS FERNANDO P/ ESTAFA".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

El representante de la defensa técnica de Carlos Fernando Jamaux (fs. 633/637vta.) interpone recurso de casación contra la sentencia N° 4.925 (fs. 618 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual la Sala Unipersonal II de la entonces Quinta Cámara del Crimen condenó a Carlos Fernando Jamaux Núñez a la pena de tres años de prisión, con los beneficios de su ejecución condicional, con más la pena de inhabilitación especial en forma efectiva para ejercer la profesión de arquitecto por el plazo de seis años (art. 20 bis inc. 3° CP); con más las costas, como autor penalmente responsable del delito de estafa (arts. 26, 29 inc. 3°, 172 CP).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio consideró acreditado, con el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria, el hecho contenido en la pieza acusatoria, el cual consistió en que el día 26 de abril de 2013, Marcelo Marsonet y Jorgelina Cepeda celebraron contrato de locación de obra con Mario Difrieri y Fernando Jamaux por la firma Solenco S.A., en su vivienda sita en calle J.B. Martínez N° 851, Maipú, Mendoza. En el acto jurídico, Mario Difrieri y Fernando Jamaux se comprometieron a realizar una serie de obras y servicios (ciento cuarenta metros cuadrados de construcción) a favor de Marcelo Marsonet y Jorgelina Cepeda. La obra debía comenzar en el año 2013 y concluirse en el plazo de cinco meses durante el año de mención. Para comenzar la obra, Marcelo Marsonet y Jorgelina Cepeda, entregaron la suma de pesos doscientos cincuenta y seis mil. Al momento de radicar la denuncia sólo hubo un avance del siete por ciento de la misma, no finalizándose la obra, ocasionando ello un daño en el patrimonio de la víctima. Los denunciados pretendieron justificar la demora en la realización de la obra cuando en realidad no habían presentado los planos de aquella ante la autoridad de contralor, solicitando además dinero para la compra y acopio de materiales de construcción cuya existencia se ignora (f. 621 vta.).

En relación con estos hechos, como se refirió supra, Carlos Jamaux fue condenado a la pena de tres años de prisión, con los beneficios de la ejecución condicional, más inhabilitación para ejercer la profesión de arquitecto por el plazo de seis años, mientras que, en relación con Mario Difrieri el tribunal de juicio resolvió declarar extinguida la acción penal por reparación integral del perjuicio. Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios prestados por Carlos Javier José Tardío, José Manuel Bais, Arturo Orozco Agüero, Karina Noemí Rosales, Emmanuel Xavier Mantelli, Marcelo Waldo Mansonet, Mariano

Lemoine, Jorgelina Carina Cepeda y María Eugenia Morales Mazzorín; así como los descargos de los imputados y la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso defensivo

1. *Vicios in iudicando*

a.- En primer término, el recurrente critica que el tribunal haya realizado un tratamiento diferenciado de la situación de los imputados y condenado a Fernando Jamaux por hechos por los que se declaró extinguida la acción penal respecto a Mario Difrieri. Esto, en razón de que este último, durante el debate oral, llegó a una conciliación con los denunciadores y logró la reparación integral del perjuicio. En consecuencia, la defensa señala que se ha aplicado erróneamente el art. 59 inc. 6° del CP y se agravia al entender que la causal de extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio tiene una naturaleza objetiva que se extendería a su defendido. Interpreta acorde a esta tesitura lo dispuesto por el art. 353 incs. 4, 6 y 9 CPP. b.- En segundo término, el recurrente objeta el encuadre jurídico de los hechos, cuestiona la concurrencia de los elementos de la estafa y, acto seguido, postula que los hechos investigados constituirían un incumplimiento contractual.

2.- *Vicios in procedendo*

a.- En subsidio al planteo anterior, ataca el razonamiento del a quo como defectuoso por violar las reglas de la sana crítica racional. En esta línea, alega que en la sentencia se dan por ciertos hechos ajenos al proceso –al mencionarse que los imputados habían realizado una “bicicleta constructiva”– frente a los cuales su representado no habría podido defenderse. b.- A ello, agrega que no se citan pruebas para aseverar que Jamaux se habría apropiado el dinero que cobró de la obra de un hotel, sumado al dinero de las víctimas para irse de vacaciones a EE.UU. En este sentido, explica que no son suficientes las declaraciones de los denunciadores que dicen haber visto fotografías en la red social “Facebook”, según las cuales Jamaux se encontraba vacacionando en un parque de diversiones. c.- En último lugar, advierte que la valoración de la prueba realizada en la sentencia sería arbitraria, en tanto el sentenciante le otorga credibilidad a una parte de la declaración de Difrieri y desecha la parte en la que el coimputado reconoce haber sido el único que manejó los fondos de las víctimas, para así restarle responsabilidad a Jamaux. Formula reserva de caso federal.

III.- Dictamen del señor Fiscal Adjunto

El señor Fiscal Adjunto entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica (f. 651/653). En apoyo de sus conclusiones, en el plano de los vicios in iudicando, argumenta que el sobreseimiento no tiene un carácter extensivo genérico cuando la respectiva causal afecta exclusivamente a uno de los imputados. Así, cita tanto a la hipótesis prevista en el art. 59, inc. 6°, como a los casos de prescripción de la acción penal o extinción de la acción penal por muerte. Respecto a la errónea aplicación del art. 172 CP, el Ministerio Público Fiscal considera que en el presente caso concurren todos los elementos propios de la estafa. Así, señala que el contrato, en sí, obró como ardid de la estafa, modus operandi que se habría constatado en otros hechos tal cual lo demuestran algunos de los testimonios brindados durante el debate.

En otro orden de ideas, en lo que atañe específicamente a los vicios in procedendo, desarrolla los extremos del principio de libertad probatoria, según el cual, el a quo no tendría obstáculo alguno para valorar los testimonios de otras personas que habrían sido damnificadas de la misma forma que las víctimas de autos.

Por último, responde al agravio relativo a la prueba del viaje a EEUU y pone de relieve que tal circunstancia, del mismo modo que lo sería la expresión «bicicleta constructiva», no obstan a la comprobación de los extremos de la estafa que se le atribuye a Jamaux.

IV.- Solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio de la defensa técnica debe ser rechazado. Doy razones.

a.- En lo que respecta a la extensión de la causal de extinción de la acción penal, cabe decir que cada una de las circunstancias enumeradas en el art. 59 del CP tiene una naturaleza específica y responde a distintas necesidades político-criminales.

Por ello, es un error realizar un tratamiento omnicompreensivo de su operatividad, al menos, en lo que respecta a la extensibilidad de sus beneficios. Así, aun cuando la reparación integral del perjuicio ha sido consagrada expresamente como una forma de extinción de la acción penal mediante su incorporación al art. 59, inc. 6 del C.P., dispuesta por Ley 27.147, su aplicación no resulta automática.

Ella, por el contrario, se encuentra subordinada a la consideración de las particulares circunstancias del caso, como ocurre con todos aquellos institutos que regulan relaciones interpersonales que han puesto en juego la vigencia del ordenamiento jurídico. Esta idea, según advierto, ha sido correctamente concretada por el a quo en la resolución cuestionada.

Ahora bien, tal como ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el marco de los autos **caratulados «Luna Amaya»**, la denominada reparación integral del perjuicio constituye un equivalente funcional a la pena. Esto significa que, en aquellos casos en que la pena no resulte el medio más adecuado para la solución del conflicto o, dicho de otro modo, la respuesta penal más idónea, se impone la extinción de la acción por la concurrencia de alguna solución alternativa –como la reparación aludida– y, en consecuencia, el sobreseimiento del imputado. Sin embargo, no puede soslayarse que para que un equivalente funcional cumpla su misión debe implicar, del mismo modo que la pena, una respuesta al delito en su dimensión fáctica, como afectación de un bien, y en su dimensión comunicativa, como lesión a la vigencia de la norma.

De este modo, sólo si la reparación integral del perjuicio articula ambas dimensiones del delito puede ser considerada equivalente a la pena y devenir en la extinción de la acción penal antes referida.

La cuestión planteada por la defensa impone resolver si en la reparación penal, tal como la prevé el Código Penal y el Código Procesal Penal prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma (reconciliación con el Derecho) o el restablecimiento del estado de cosas patrimonial (reparación del daño).

Dicho de otro modo, lo decisivo es determinar si la extinción de la acción penal con base en la reparación integral del perjuicio debe asociarse al reconocimiento público y personal de la infracción –asociado al esfuerzo reparador individual– o a la reparación objetiva producida incluso por una persona distinta del imputado. Frente a ello, entiendo que la reparación debe concebirse como una tercera vía para alcanzar los fines del Derecho penal.

De este modo, no hay que perder de vista que la reparación penal, aun en el caso de que tenga naturaleza material, discurre en un ámbito jurídico-penal que condiciona los criterios de su determinación, en los cuales influyen, además del daño, otros aspectos subjetivos y su propia relevancia simbólica como respuesta a la infracción normativa.

En efecto, que el instituto en análisis no es una mera compensación económica a la manera del Derecho civil se deriva de que la reparación penal opera como equivalente funcional a la pena únicamente si se dirime en el marco de un proceso penal, con la carga simbólica que este lleva ínsito.

Es que «la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad), que con la víctima en sí misma [...] más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; esto lo accidental» (SILVA SÁNCHEZ, “Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación” en Poder Judicial, 3° época, N° 45, 1997, p. 201).

En línea con el pensamiento del autor citado, considero que, justamente por ello, la reparación penal tiene una configuración concreta radicalmente diversa de la civil, donde lo que interesa es el efectivo restablecimiento del estado de cosas patrimonial.

Por el contrario, en el ámbito del Derecho penal tan o más relevante que la efectiva reparación es el esfuerzo reparador, en tanto con el mismo se expresa el reconocimiento de la validez de la norma. Teniendo en cuenta dichos conceptos, entiendo que, a pesar de existir una reparación efectiva del daño de parte de Difrieri, esta no ha sido la expresión de un acto personal de aceptación de la norma vulnerada por parte de Jamaux y, por ende, el beneficio de la extinción de la acción penal no puede extenderse también a él.

En efecto, en el marco de las presentes actuaciones, el tribunal de juicio apreció que «se pudo observar dos posturas bien diferentes, tanto con las víctimas (siempre Difrieri trató de buscar una solución) y no Jamaux, como en el debate (Difrieri propuso una solución de conflicto que cumplió, en tanto que Jamaux, mantuvo una postura abúlica, tratando de culpar al otro de su estado)» (fs. 627 vta./628).

Por ello, el acuerdo entre Difrieri y las víctimas no constituye una reparación integral para Jamaux, como pretende su defensa, en tanto éste solo ha restaurado la dimensión fáctica del daño, sin reconducirse – conforme las constancias de la causa– a un acto individual de reconocimiento de la norma vulnerada.

Finalmente, es conveniente destacar que una interpretación como la propuesta se sostiene, a su vez, en el principio de personalidad de las penas.

Este, en tanto derivación del principio de culpabilidad, implica que sólo puede ser sancionado quien sea culpable por el hecho, es decir, a quien la acción le es objetiva y subjetivamente imputable. Lógicamente, el anverso de este principio es, en lo que interesa a la solución del caso, que la pena en ningún caso puede ser cumplida por alguien que no sea el responsable del hecho.

En consecuencia, si se tiene en mente este principio fundamental del Derecho penal moderno se obtiene un argumento más en contra de desplazar los efectos procesales de la reparación integral del perjuicio del coimputado –en tanto equivalente funcional a la pena– a quien no ha satisfecho sus requisitos materiales y simbólicos. Por los motivos antes desarrollados, considero acertada la postura del a quo en el sentido de que en estos obrados no se dan las condiciones necesarias para que resulte procedente la causal de extinción de la acción invocada para Jamaux.

b.- En relación con el cuestionamiento de la sentencia como arbitraria, considero que la motivación objetada es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, en tanto no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre.

Ello, por cuanto la decisión se ha sustentado en las pruebas rendidas, ponderadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, cuyo apartamiento el censurante no ha podido demostrar. A continuación, y a los efectos de ganar en claridad, considero conveniente distinguir, por un lado, el perjuicio al patrimonio de las víctimas denunciantes producto del accionar fraudulento de los imputados (c.i.) y, por otro, la denominada «bicicleta constructiva» que surgió de la concatenación de hechos que se desprenden de las declaraciones testimoniales recibidas en el curso del debate (c.ii.).

b.i.- En relación con la estafa objeto del proceso, cabe decir que sus extremos se encuentran debidamente acreditados con base en los testimonios de las víctimas, así como en la prueba instrumental válidamente incorporada al debate. En efecto, está fuera de toda controversia la existencia de un contrato de locación de obra celebrado por las partes, en el que Difrieri y Jamaux se obligaron a realizar una serie de obras y servicios que consistían en la construcción de ciento cuarenta metros cuadrados. Cepeda y Marzonet fueron especialmente categóricos al explicar el devenir de los hechos y colocar en el centro de la escena a los ahora imputados.

Así, para fecha 26 de abril de 2013, narraron cómo suscribieron el contrato de locación de obra con Difrieri y Jamaux, donde estos se comprometieron a realizar 140 metros cuadrados de construcción y, después de realizar una contraprestación de \$ 256.500, sólo se comprobó un avance del 7 % de la obra. Estos testimonios, coincidentes en cuanto al modo en que ocurrieron los hechos y la intervención que tuvieron los imputados, encuentran sustento, a su vez, en la documentación aportada por los denunciantes.

b.ii.- Ahora bien, en lo relativo al concreto agravio de la existencia no probada de una «bicicleta constructiva», considero que el argumento carece de fundamentación material, en tanto, tal maniobra – que consistía en satisfacer parcialmente las demandas de los clientes con el dinero de nuevos contratantes– se encuentra debidamente acreditada con base en los testimonios de distintas personas que declararon durante el curso del debate. En efecto, José Tardío manifestó que «pedían plata para iniciar la obra y nunca cumplieron y se enteró que a otras personas le hicieron lo mismo», poniendo de relieve que su obra alcanzó únicamente un avance del 17% a pesar de que había pagado más de un tercio del precio convenido para una obra «llave en mano» (fs. 622 vta.). En la misma línea, declararon Mariano Lemoine y María Eugenia Morales: el primero, hizo referencia a que, si bien realizó distintos desembolsos de dinero, el proyecto nunca avanzó, agregando que conocía a otras personas que también habían sido perjudicadas por Difrieri y Jamaux (fs. 625); la segunda, por su parte, narró que hubieron errores grandes en los planos y que, después de incumplir el contrato, la obra permaneció abandonada hasta que ella pudo terminarla (fs. 625 vta.).

Así, los testigos mencionados fueron coincidentes al momento de manifestar que, después de contratar con los imputados, estos les pedían el dinero sin realizar contraprestación alguna o lo hacían solo de modo aparente, tal cual sucedió con las víctimas de los hechos ventilados en el marco de estos autos. Ahora bien, no me es inadvertido que los perjuicios ocasionados a los declarantes no discurren en el marco de este proceso penal.

Sin embargo, estas manifestaciones en el curso del debate emergen como fuertes indicios que hablan a favor de la sistematicidad del actuar fraudulento de los imputados y, por ende, de que en este caso no nos encontramos frente a un mero incumplimiento contractual.

El tribunal de juicio articuló la estafa al matrimonio Marsonet con otros hechos cuya dinámica era similar y tenía como protagonistas a los imputados, a pesar de que no fueron objeto de la acusación. En este sentido, el razonamiento del a quo es válido, en tanto, de esta concatenación que denomina «bicicleta constructiva» deriva una consecuencia lógica: no se trató de un incumplimiento contractual aislado, sino

que Jamaux y Difrieri procedían de manera similar con diversos clientes y, llegado el caso, utilizaban el dinero de los nuevos contratantes para mantener la apariencia de obra con los más antiguos y, así, conseguir más desembolsos.

En suma, conforme lo anterior, surge de la sentencia puesta en tela de juicio, como derivación razonada de las premisas que han sido acreditadas por el tribunal de juicio, que los imputados suscribían con las víctimas contratos de obra que de antemano sabían que no iban a cumplir o, que comenzaban a cumplir y luego abandonaban. Todo ello, realizando avances esporádicos con el dinero de nuevos contratantes que, a su vez, se veían defraudados en su buena fe.

En otro orden, el recurrente entiende que no existe prueba de que Jamaux se habría apropiado del dinero que cobró de la obra de un hotel para irse de vacaciones a EE.UU. y critica que este tramo de la sentencia se base en declaraciones de los denunciantes que dicen haber visto fotos en redes sociales del imputado vacacionando en el extranjero.

En relación con este agravio no debe perderse de vista que, como he puesto de relieve en el desarrollo anterior, el delito de estafa se configura cuando se verifica que el autor hizo caer en error a la víctima con el fin de que realice una disposición patrimonial perjudicial a su favor o de un tercero.

Esta especial forma de ataque contra el patrimonio se encuentra debidamente acreditada. Sentado esto, entiendo que el extremo relativo al destino del dinero –si fue en provecho personal o de un tercero o si lo utilizó para vacacionar– no modifica la prueba del hecho en lo que respecta a los tres requisitos de la estafa: ardid, error y disposición patrimonial perjudicial.

Con todo, las declaraciones de algunos de los denunciantes relativas a que el imputado habría utilizado el dinero de la obra del hotel para viajar (fs. 627 vta.), son interpretadas por el a quo como un indicio más para sostener la hipótesis de que no se trató de un mero incumplimiento contractual producto de las imprevisiones propias de una obra edilicia, sino que el imputado desde un comienzo no tenía intención alguna de destinar el dinero al fin que le prometía a sus víctimas. Indicio que se articula, a su vez, con las manifestaciones del coimputado Difrieri en orden a que habían comenzado a trabajar en un hotel de la Fuerza Aérea en la calle 9 de Julio y que llegado el mes de noviembre de 2013 se enteró que Jamaux había cobrado cheques por \$300.000 pesos (fs. 622).

Asimismo, en relación con la obra de aquel hotel, Arturo Agüero declaró que el dinero se lo daban Difrieri y Jamaux (fs. 623), prueba de que ninguno de los imputados era ajeno a la administración del dinero y, por lo tanto, eran plenamente competentes por su desvío. Por último, corresponde analizar si existió una valoración parcial del descargo de Difrieri, en tanto, según la defensa, el magistrado interviniente sólo habría considerado aquellas partes inculporatorias para con Jamaux, pero no el tramo en que el coimputado habría afirmado ser el único que manejaba los fondos de las víctimas, desvinculando a Jamaux. Considero así, que este agravio también debe ser descartado.

En efecto, el a quo no sólo ha considerado íntegramente el descargo realizado por cada uno de los imputados –tanto el que resultó sobreseído por aplicación del instituto de la reparación integral, como del que resultó condenado–, sino que lo ha hecho teniendo en cuenta el sentido del resto de las pruebas colectadas en el trámite del proceso. Tarea que se vuelve fundamental para determinar qué valor debe darse a la explicación de los hechos brindada por los imputados al momento de realizar su descargo. Así, el magistrado sentenciante transcribió las partes más relevantes de las versiones de los hechos brindadas por los imputados (fs. 621 vta./622), las cuales, fueron contrastadas ordenadamente con el resto de los elementos de convicción obrantes en la causa. En este sentido, se destaca la apreciación, según la cual el juez advirtió que Jamaux mantuvo durante el proceso una postura abúlica, tratando de culpar a Difrieri

de su situación (fs. 627 vta./628). Sentado lo anterior, no puede compartirse con la defensa que el magistrado haya otorgado credibilidad a la parte del descargo de Difrieri que incrimina a Jamaux de manera arbitraria, es decir, sin dar razones de por qué deja de lado la parte en la que aquel desvincularía de las maniobras defraudatorias a este último.

En efecto, de las declaraciones testimoniales brindadas durante el debate, surge con claridad el rol que cumplía Jamaux en la realización de la estafa, las cuales se articulan con las manifestaciones de Difrieri cuando explica que Jamaux había cobrado cheques por 300.000 pesos y que este había convencido a los Manzonet de que la obra se demoraría para pedirles más dinero. Por su parte, en ningún momento la prueba incorporada apunta hacia la desincriminación de Jamaux, por el contrario, lo sitúan en el centro de la maniobra defraudatoria.

En esta línea, José Tardío declaró que Jamaux era el director de la obra y, además, el que controlaba (fs. 623) y Marcelo Mansonet expresó que realizaba algunos pagos en mano tanto a Difrieri como a Jamaux (fs. 624). En la misma línea declaró Arturo Agüero (fs. 623, véase punto anterior). Por ello, este tramo del recurso defensivo debe descartarse por no tener sustento en las constancias de la causa, las cuales, en ningún momento apuntan a que el condenado no tenía manejo del dinero de las víctimas.

c.- Ahora bien, frente al planteo del erróneo encuadre jurídico de los hechos, el argumento de la parte recurrente tampoco es contundente en orden a los fines que se propone. Como es sabido, la estafa posee una estructura específica que la distingue de otros ataques contra el patrimonio. Frente a ello, entiendo que sus elementos han sido debidamente verificados en el caso concreto.

Para atacar tal conclusión, no alcanza con apreciar que entre víctima y autores existía un negocio contractual, pues, como ha señalado el a quo, aquel era la apariencia subyacente al ardid utilizado por Jamaux y Difrieri para obtener la disposición patrimonial perjudicial característica del delito de estafa. La presencia de un contrato entre las partes no obsta necesariamente a la existencia de una maniobra delictiva que lo incorpore como sustrato del ardid.

En efecto, en esta clase de supuestos, lo esencial es trabajar a partir de los específicos requisitos de la estafa, independientemente de la verificación de una relación contractual previa. En este orden de ideas, coincido con lo expresado por el señor Fiscal Adjunto cuando advierte que la misma contratación legal obró como ardid de la estafa, en tanto otorgó a la víctima la confianza de que la otra parte cumpliría aquello que de antemano el agente sabía que no haría.

El contrato generó la apariencia de una locación de obra, que nunca se concretó en el producto terminado, como lo demuestra el modo de funcionamiento de la sociedad verificado en las testimoniales de quienes sufrieron la misma defraudación (fs. 652). En efecto, tal como explica el juez sentenciante, el contenido de injusto de la conducta de los arquitectos excedía, y en mucho, al propio de un ilícito civil, en cuanto la maniobra consistía específicamente en generar una apariencia de obra (ardid) para luego incumplirla (engaño) y así hacerse con el dinero de las víctimas (disposición patrimonial perjudicial).

Específicamente de la prueba de estos extremos me ocupo a continuación. No obstante, me parece oportuno poner de relieve aquí que Jamaux nunca tuvo la intención de cumplir las obligaciones asumidas contractualmente y ello se verifica en el modo en el que Marzonet y Cepeda realizaron el último desembolso de dinero para comprar los cerámicos para la obra, con el pretexto de que estaban de oferta. Señala el sentenciante, que Jamaux acompañó al matrimonio a la tienda de cerámicos «Hipercerámico» y montó una escena para hacerles creer a Marzonet y Cepeda que estaban pagando por sus pisos, cuando en realidad el dinero era desviado para fines personales (fs. 628 y vta.).

Así, estimo que en el caso sometido a decisión se comprueban rigurosamente los elementos característicos de la estafa. A saber: ardid, existió un contrato que generó una apariencia de legalidad y seriedad propia de una locación de obra que, desde un comienzo, los autores sabían que no se ejecutaría; error, las víctimas actuaron impulsadas por una falsa expectativa de la construcción de 140 metros cuadrados; disposición patrimonial perjudicial, lo realmente ofrecido como contraprestación (un 7% del avance total de la obra) no guardó mínima relación con el dinero depositado por las víctimas (\$ 256.500). De este modo, considero que el a quo ha verificado correctamente la concurrencia de cada uno de los elementos requerido por la estafa (fs. 652 y vta.) y, en función de ello, el presente agravio no debe prosperar. En suma, considero que los extremos del hecho que conforman el tipo de la figura delictiva imputada se encuentran debidamente acreditados en el caso sometido a decisión. La sentencia explica la construcción de la imputación en el plano fáctico y jurídico hasta descartar cualquier duda que pudiera abrirle espacio de juego al principio de inocencia. En consecuencia, con base en las consideraciones anteriores, entiendo que ha de rechazarse el recurso defensivo. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto Dr. Valerio. Adhiere. Por su voto.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Si bien, luego de analizar el caso concreto, llego a la misma conclusión que mi distinguido colega de Sala, debo hacer mención de la posición asumida en relación al instituto de la reparación integral del perjuicio, cuya aplicación ha sido denegada a Jamaux y es objeto de impugnación.

Como ya he tenido oportunidad de señalar, en nuestro sistema acusatorio corresponde la actuación de la ley penal, como regla, y la suspensión de la persecución penal, como excepción; por lo tanto es parte del principio de legalidad actuar la ley penal, como así también aplicar un criterio de oportunidad, sea suspendiendo la prosecución penal (art. 26 del CPP) o la suspensión del procedimiento o del juicio a prueba (art. 30 del CPP y art. 76 del CP), incluso la solución del conflicto, como en el caso que nos ocupa (art. 5 CPP).

Debemos tener en cuenta que el ejercicio de la acción penal (regla), le corresponde al Ministerio Público Fiscal, quien promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley (art. 26 párrafo 1° del C.P.P.).

En tal sentido, la Regla impuesta por la ley, es el ejercicio obligatorio de la acción penal y la Excepción a ese deber, es que sólo se puede apartar en los supuestos que expresamente están previstos por la ley.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el art. 364 C.P.P. establece que en la audiencia preliminar sólo podrá solicitar la aplicación del principio de oportunidad por existir acuerdo reparatorio o reparación integral del perjuicio el Ministerio Público Fiscal, pedido que no ha sido realizado para con Jamaux.

Como se sostuvo en los **casos «Lemos Guerrero» y «Estrella»**, entre otros, la reforma introducida mediante ley N° 27.147, en la que se enmarca el dispositivo normativo cuestionado, en nada vino a modificar el ámbito de regulación del instituto bajo análisis (procesal), como así tampoco, el sentido de la jurisprudencia, sino que lo único que hizo fue incorporar tres causales de cuyo efecto se prevé la extinción de la acción penal.

Allí también sostuve que nuestro sistema procesal no contiene regulación específica de los institutos incorporados (conciliación y reparación integral), coincidiendo que nos encontramos frente a dos especies dentro del género «solución del conflicto» como criterio de oportunidad procesal.

En este sentido la norma aplicable al acuerdo presentado por la defensa es el artículo 5 del C.P.P., la cual se relaciona con el artículo 59, incs. 5° y 6° del C.P., en el sentido en que ambos incisos realizan una remisión a las leyes procesales correspondientes, ya sea por conciliación o reparación integral del perjuicio. Así es como en el caso de arribarse a una solución del conflicto, se procederá conforme al inc. 9° del artículo 353 del CPP, y se dictará el sobreseimiento en los casos de que se cumplan las «obligaciones del acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio».

Estos criterios, implican una excepción al principio de legalidad impuesta por los artículos 71 del CP y 8 del CPP, que establecen la obligación de iniciar de oficio la acción penal siempre que no dependa de instancia privada. Sentado lo anterior, en el caso concreto, se advierte que el representante del Ministerio Público Fiscal se opuso al pedido de la defensa en relación con la reparación del perjuicio, lo que, conforme a lo señalado, obsta a su otorgamiento, razón por la que el recurso interpuesto tampoco en este aspecto puede prosperar. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto anterior.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO, adhieren al voto anterior.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 633/637vta., por la defensa técnica.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

14- REYES OLGUIN. 02-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	474
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	414

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FyQcReyes.pdf

Lex: Art. 172, 45 del CP. Art. 10 del CPP.

Vox: Estafas. Querellante Particular. Participación. Nulidad.

Summa:

El **TPC** *absolvió* al Sr. Jorge Reyes Olgúin de la comisión del delito de estafa, en estos autos.

La **querellante particular** interpuso recurso de casación conforme al Art. 474 del CPPM. argumentando que el Tribunal de Juicio ha incurrido en *vicios in iudicando* y *vicios in procedendo*.

El **Procurador General** entiende que debe *admitirse* el recurso de casación interpuesto.

La **SCJM** resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante y, en consecuencia, anular la sentencia y sus fundamentos, debiendo remitir los obrados al TPC, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 106, pronunciada por el TPC N° 1-° CJ.*

Parágrafos destacados .

(...) este Cuerpo ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual, es atribución del tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias, si se recurre -como en el sub-lite- por ambos motivos (L.S. 183 - 188; 202-001; 269-234, entre otros). En virtud de lo dicho, analizaré el vicio in procedendo denunciado por el recurrente, motivo en el que estimo, se encuentra entronizado el tema decidendum (...)

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(N.M.C)

Fallo:

CUIJ: 13-04463232-7/1((018601-64221)) FYQUER.PART.C/REYES OLGUIN JORGE PASCUAL P/ESTAFA GENERICA (64221) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104544296*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04463232-7/1, caratulada "F. Y QUER. PART. C/ REYES OLGUIN P/ ESTAFA GENÉRICA (ART. 172 C.P.)".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La querellante particular Virginia Gutiérrez interpone recurso de casación (fs. 285/292vta.) contra la sentencia N° 106 (fs. 269) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, absolvió a Jorge Pascual Reyes Olguin del delito de estafa (art. 172 del C.P) que le fuera atribuido en la presente causa.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio absolvió al acusado Reyes Olguin en tanto consideró que no se encontraba acreditado con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria el hecho plasmado en el requerimiento de citación a juicio (fs. 215/217), según el cual se le atribuyó a aquel imputado la comisión del siguiente hecho: «que el día 11 de marzo de 2015 Virginia Lourdes Gutiérrez, víctima en autos, concurrió junto a Jorge Reyes, entonces novio de ésta, a la librería de Diego Ruiti, sita en calle Pehuajó N° 2311, Barrio Covimet, Godoy Cruz, Mendoza, a fin de comprar un automóvil marca Chevrolet, modelo Corsa, dominio EKV-063. Allí mismo, Gutiérrez le entregó la suma de pesos treinta mil (\$30.000) en efectivo y pactó cinco cuotas iguales, mensuales y consecutivas por una suma de pesos cuatro mil seiscientos (\$4.600) cada una, la primera de ellas con vencimiento el día 15 de agosto de 2015, suscribiendo en ese momento boleto de compraventa entre Gutiérrez y Ruiti. Este último le entregó el rodado, el título del automotor y la tarjeta verde del mismo más la documentación del GNC, acordando entre ambos que cuando la víctima abonara la primera cuota, Ruiti le entregaría los 08 que estaban firmados por la titular registral. Posteriormente, Gutiérrez dejó de salir con Reyes. Días después allanaron el domicilio de la víctima y le secuestraron el vehículo en cuestión, tomando conocimiento en ese momento que el bien estaba inscripto a nombre de Sandra Mónica Reyes, hermana del imputado, puesto que Jorge Reyes se había reunido con Ruiti, cancelándose la deuda y obteniéndose el formulario 08, inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad Automotor a nombre de su hermana. A partir de esta maniobra, Jorge Reyes denunció a la víctima ante la Unidad Fiscal de Maipú por el delito de defraudación por retención indebida (art. 173 inc. 2° del C.P.), originándose la causa N° P-48.359/15, del 24 de abril de 2015 donde se ordenó el diligenciamiento de aquel registro domiciliario». Para decidir en tal sentido, el a quo valoró, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales recibidas en la Audiencia de debate de Virginia Lourdes Gutiérrez, Diego

Sebastián Ruiti Guajardo, José Luis Bazali y Mónica Sandra Reyes, así como la prueba instrumental válidamente incorporada al proceso.

II.- Recurso de casación

La parte querellante considera que el tribunal de juicio ha incurrido en vicios in procedendo e in iudicando. En concreto, señala los siguientes agravios:

a.- Vicios in procedendo

El recurrente entiende que la sentencia puesta en tela de juicio es arbitraria con base en dos argumentos:

i.- El a quo afirma de forma contradictoria que la operación de compraventa del automóvil Corsa se produjo entre Reyes y Ruiti, pero simultáneamente acepta que existió un contrato de compraventa firmado entre Gutiérrez y Ruiti, el cual demostraría, según la querellante que, en verdad, la denunciante intervino en el acto jurídico.

ii.- Es incorrecta la afirmación según la cual no exista prueba suficiente para determinar la propiedad de los \$ 30.000, cuya entrega diera lugar al traspaso de la posesión del vehículo a manos de la denunciante. Según el punto de vista del recurrente, junto con las manifestaciones de Reyes y su hermana que se adjudican la propiedad del dinero entregado a Ruiti y se oponen frontalmente a lo manifestado por Gutiérrez y su marido, existiría un elemento incorrectamente valorado relativo al crédito tomado por Bazali un día antes de la firma del contrato. El monto y fecha del préstamo coincidiría con el monto y fecha pago inicial de \$ 30.000 que se pactara en el contrato de compraventa.

b.- Vicios in iudicando

i.- En primer término, el impugnante considera que el ardid de Reyes consistió en el «construir» una obligación de pago que justificara el «pago-cobro» de las cuotas faltantes para obtener el formulario 08 y, acto seguido, hacerse con el vehículo comprado por Gutiérrez y así perjudicarla. Con base en este punto de partida, el recurrente aprecia siete pasos que constituirían la maniobra defraudatoria de Reyes en perjuicio de Gutiérrez, a saber: i) pagó anticipadamente las cuotas; ii) obtuvo el formulario 08; iii) envió una carta documento a un domicilio en el que no vivía Gutiérrez; iv) radicó una falsa denuncia de retención indebida originando los autos N° P-48.359/15; v) solicitó y obtuvo el secuestro del rodado; vi) hizo la verificación vehicular de forma irregular; vii) transfirió el automotor a nombre de su hermana Mónica Reyes. ii.- En segundo lugar, el recurrente considera que, si bien Reyes no incurrió en un «dolo inicial», no por ello dejaría de existir una «intención defraudatoria puesta de manifiesto a partir de la ruptura de la relación con Gutiérrez». En este orden de ideas postula que el imputado actuó dolosamente, en contra de la interpretación del juez sentenciante relativa a que no está presente el «dolo previo» en la actuación del imputado. Así, considera que Reyes, después de terminar su relación sentimental con Gutiérrez y aprovechando que ésta se había demorado en el pago de la primera cuota, efectuó dolosamente un «atajo» y se dirigió a Ruiti para abonar de forma anticipada la cuota vencida y el resto a vencer; todo ello con el fin de obtener el formulario 08 que aún estaba en poder de este último. En suma, la parte querellante advierte que el objeto del dolo de Reyes debe buscarse en la conducta desplegada con posterioridad a la ruptura de la relación con Gutiérrez, la cual constaría de siete pasos (“momento del atajo”), y no al momento de la firma del contrato de compraventa (“momento de la operación”).

III.- Dictamen del Señor Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto (fs. 314/316). Después de realizar una indicación de los puntos de agravio, el titular del Ministerio Público Fiscal expresa que las críticas efectuadas a la sentencia absolutoria son fundadas.

Entiende procedente el planteo de la parte querellante y agrega que también surge de la prueba incorporada a la causa que, si bien Gutiérrez y Bazzali se encontraban separados de hecho para dicha época, ambos habían convenido la compra del automóvil para que él pudiera transportar a la hija que tenían en común, motivo por el cual tomó el crédito con el cual se abonó el primer pago.

Asimismo, pone de relieve que, a los dos días de firmar el boleto de compraventa, Gutiérrez aseguró el automóvil en la aseguradora Paraná Seguros y que, aunque se atrasó en el pago de las cuotas sucesivas, expresó su voluntad de pagar, manifestándole a Ruiti que tenía que esperar a la venta de un galpón, momento en el que tomó conocimiento de las maniobras de Reyes.

A su vez, destaca varias circunstancias que resultan llamativas y que acreditarían la hipótesis acusatoria, entre ellas, la existencia de un recibo de dinero, cuando este, según la experiencia común en este tipo de operaciones, resulta innecesario, lo cual hace sospechar que se relacionaría con la finalidad del imputado de lograr hacerse con la propiedad del automóvil sin abonar la totalidad del precio del mismo.

Agrega que, cuando el encartado canceló la deuda, no le informó a Ruiti que se había terminado la relación con Gutiérrez. En esta línea de pensamiento, el Procurador General entiende que desde el inicio de la operación Reyes tuvo en miras perjudicar a Gutiérrez mediante una maniobra ardidosa que consistió en hacerle creer a Gutiérrez que iba a transferir el rodado a su nombre al mes siguiente de la compra cuando, en efecto, después de vencida la primera cuota, se apresuró a abonar unilateralmente la totalidad de la deuda que Gutiérrez mantenía con el vendedor.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso casatorio impetrado. Doy razones.

Previo a todo, es menester consignar que este Cuerpo ha sostenido reiteradamente el criterio según el cual, es atribución del tribunal tratar el motivo casatorio que más convenga a la solución del caso, en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que imperativamente deba seguirse en el examen de las causales de impugnación extraordinarias, si se recurre -como en el sub-lite- por ambos motivos (L.S. 183 - 188; 202-001; 269-234, entre otros).

En virtud de lo dicho, analizaré el vicio in procedendo denunciado por el recurrente, motivo en el que estimo, se encuentra entronizado el tema decidendum.

a.- El recurrente despliega su primer argumento en el plano de los vicios in procedendo y afirma que el juez sentenciante razona de manera contradictoria al asumir, por un lado, que existe un contrato de compraventa firmado entre Ruiti (vendedor) y Gutiérrez (denunciante) y, por otro lado, que la operación de compraventa del automóvil Corsa se produjo entre Reyes y Ruiti.

En relación con este planteo, entiendo le asiste razón a la querellante.

En efecto, ésta aprecia que, al admitir el a quo como verdadero que el boleto de compraventa fue suscripto a nombre de Gutiérrez, la conclusión relativa a que la operación de compraventa del automóvil en disputa se llevó a cabo entre Ruiti y Reyes no puede ser, sino contradictoria con las premisas previamente asumidas.

De este modo, el censurante propone -correctamente, a mi modo de ver- una visión de los hechos en la que, el boleto de compraventa firmado entre la denunciante y el vendedor es el primero de varios elementos de los que es posible derivar que Gutiérrez intervino en el acto jurídico, tanto formal como materialmente y, por ende, tenía un derecho a la titularidad del rodado.

El juez pone de relieve a fs. 274 y vta., que fue Gutiérrez quien entregó parte del dinero y quedó un saldo deudor avalado por pagarés a nombre de Reyes, los cuales, una vez vencidos los plazos de la primera de las obligaciones, fueron cancelados por él.

En palabras del a quo, «lo relativo a la falta de pago, y a la venta del galpón fue admitido tanto por Virginia [Gutiérrez] como por José, su marido. Si bien la testigo afirmó que iba a pagar las cuotas, que era esa su intención, lo cierto es que cuando llegó el día de pago no lo hizo, supuestamente planeaba vender un galón de su propiedad para pagar, sin embargo, eso no ocurrió.

En cambio, quien sí pagó lo adeudado fue el imputado, que es quien entregó un cheque por el saldo deudor ante el primer emplazamiento que le formularon en forma telefónica» (fs. 274 vta.).

Si bien es cierto que el derecho a la titularidad del rodado se adquiere únicamente con la inscripción registral, no debe perderse de vista que la dinámica del hecho objeto del proceso amerita ciertas precisiones que no son correctamente realizadas por el tribunal de juicio.

Ello en tanto, en la sentencia puesta en crisis se omite considerar que el imputado pagó la obligación vencida y, al mismo tiempo, las cuatro obligaciones restantes que todavía no vencían para, acto seguido, obtener de parte de Ruiti el Formulario 08, proceder al secuestro del rodado y practicar una verificación vehicular para, finalmente, transferir el automotor a nombre de su hermana.

De este modo, a favor de la conducta defraudatoria del imputado no solo habla la existencia del boleto de compraventa, sino también su conducta posterior y el dinero con el que se canceló más de la mitad del valor del automóvil propiedad de la víctima. De la incorrecta valoración de este último extremo me ocupo a continuación.

b.- En segundo término, el recurrente ataca el tramo de la sentencia en la que se hace referencia a la insuficiente prueba de la propiedad del dinero correspondiente al pago inicial que diera lugar a la entrega del automóvil a Gutiérrez.

Este extremo del hecho constituye para la querellante una parte fundamental de su estrategia argumentativa, pues, conforme la específica arquitectura de la estafa que propone, si se encuentra suficientemente probado que el dinero del primer desembolso –superior a la mitad del valor total del rodado– pertenecía a la denunciante, entonces, Reyes se hizo con el automóvil de manera fraudulenta.

Dicho esto, y compulsada tanto la sentencia como las constancias obrantes en la causa, estimo que el razonamiento del a quo sostiene inmotivadamente que existen dudas en relación con la propiedad del dinero y se muestra nuevamente como contradictorio. Veamos.

Es que, por un lado, el juez sentenciante expresa que es razonable pensar que el primer desembolso de dinero podría haber sido con dinero del que disponía la denunciante, ya que este encontraría origen en el crédito tomado por su marido con el fin de realizar la compra del automóvil, cuyo monto y fecha coincidirían con los de la operación en cuestión.

Pero, inmediatamente después, de manera contradictoria expresa que estos no son los únicos elementos que comprueban que la propiedad del dinero del primer desembolso en tanto objeto de prueba pues, en contra de lo manifestado por Gutiérrez, su marido y las constancias del crédito obtenido en la entidad crediticia «Provencred», hablarían las manifestaciones del imputado, su hermana y el vendedor.

En esta línea, en la sentencia puesta en crisis se lee que «el imputado y su hermana, la señora Mónica Reyes, por su parte, sostuvieron que dicho dinero pertenecía al primero, y el boleto de compraventa se confeccionó haciendo aparecer a Virginia Gutiérrez como compradora a efectos de que esta pudiese circular con alguna documentación que indicase que el vehículo estaba en su posesión en virtud de un hecho lícito. Esto último también fue expuesto así por el vendedor» (fs. 275 vta.).

A esta versión el magistrado sentenciante le otorgó un valor preponderante, a pesar de que encuentra sustento únicamente en las declaraciones del imputado, su hermana –involucrada en la maniobra– y el vendedor –quien sería una persona conocida de Reyes–.

Mientras que la versión brindada por la víctima se encuentra sólidamente acreditada con base en que la propiedad del dinero del primer desembolso se deriva del préstamo personal que adquirió su marido, el cual, como dije, coincide en fecha y monto con el de la operación de compraventa.

c-. Finalmente, no debe perderse de vista, en orden a la resolución del caso que, a pocos días de firmar el boleto de compraventa, Gutiérrez aseguró el automóvil y que, aunque se atrasó en el pago de la primera cuota, expresó su voluntad de pagar, momento en el que tomó conocimiento de las maniobras de Reyes. Extremo del hecho que no ha sido correctamente valorado por el a quo al efecto de determinar que el automóvil fue comprado por Gutiérrez y que la única finalidad del imputado al cancelar las cuotas no vencidas –sin informar a la víctima o el vendedor– fue proceder a la inscripción y secuestro del rodado para hacerse fraudulentamente con él sin abonar la totalidad del precio.

En consecuencia, en la misma línea del Procurador General y la querellante, considero que desde el inicio de la operación Reyes tuvo en miras perjudicar a Gutiérrez mediante una maniobra fraudulenta que consistió en hacerle creer a Gutiérrez que iba a transferir el rodado a su nombre al mes siguiente de la compra cuando, en efecto, después de vencida la primera cuota, se apresuró a abonar unilateralmente la totalidad de la deuda que ella mantenía con el vendedor.

Secuencia que no ha sido correctamente advertida por el tribunal de juicio y que, conforme expresa el recurrente, surgiría de la prueba obrante en la causa. Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto. ASÍ VOTO.

Voto Dres. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: De conformidad a lo votado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 285/292 vta. por la parte querellante, anular la sentencia N° 106 de fs. 269 y sus fundamentos y, en consecuencia, remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 285/292 vta. por la parte querellante y, en consecuencia, anular la sentencia N° 106 de fs. 269 y sus fundamentos.
 - 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.
 - 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

15- MARZIALI SCHINDLER. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														Inc1
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	-	-	-	Inc2

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMarziali.pdf

Lex: Art. 172 CP. Art 45 CP. Art. 10 CPPM.

Vox: Estafa. Querellante Particular. Participación.

Summa:

La Excm. **Cámara de Apelaciones** (hoy TPC) confirmó la sentencia de sobreseimiento del imputado dictada por el entonces Cuarto Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial.

La **Querella Particular** interpone recurso de casación ante la Sentencia de sobreseimiento dictada por el entonces Cuarto Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la Querella Particular, confirmando la resolución de la Ex-Cámara de Apelaciones e imponiendo las costas a la vencida.

Resolución cuestionada: *Sentencia Nº () del entonces Cuarto Juzgado de Garantías, cuya apelación fue pronunciada por la Ex Cámara de Apelaciones en lo Penal confirmando la resolución de primera instancia.*

Parágrafo destacado:

«no surge ningún accionar delictivo por parte del imputado [...], en sí misma es una operación civil consensuada y amparada en disposiciones legales vigentes» (ver fs. 309 vta.). En efecto, el a quo sostuvo en este sentido que «no es posible afirmar que el imputado actuó dolosamente cuando celebró el contrato de fideicomiso, momento crucial a tomar en cuenta para definir la existencia del delito, pues [...] cuando el fraude se produce a través de la realización de un negocio o contrato jurídico, el autor se vale de la contratación para perpetrar el engaño, por lo que éste se presenta desde el inicio del negocio»

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-03860760-4/1((014701-120943)) FC/MARZIALI SCHINDLER ALBERTO GUILLERMO LUIS P/ESTAFA GENERICA (120943) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103905262*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-03860760-4/1, caratulada "F. C/ MARZIALI SCHINDLER, ALBERTO GUILLERMO LUIS P/ESTAFA".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. OMAR A. PALERMO, segundo, el DR. JOSÉ V. VALERIO y, tercero, el DR. MARIO D. ADARO.

El querellante particular interpone recurso de casación (fs. 351/362) contra la resolución dictada por la entonces Cámara de Apelaciones obrante a fs. 342/346 vta., en tanto rechazó el recurso de apelación por ella interpuesto y, en consecuencia, confirmó la sentencia de sobreseimiento dictada por el ex Cuarto Juzgado de Garantías (fs. 302/312). A los fines establecidos por el art. 160 de la Constitución de la provincia de Mendoza, esta Sala Segunda plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La ex Cámara de Apelaciones confirmó el sobreseimiento dispuesto por el Cuarto Juzgado de Garantías a favor del acusado Alberto Guillermo Marziali, en tanto consideró que no existían elementos de convicción suficiente para elevar las actuaciones a juicio y que no existía una mínima posibilidad de evolucionar hacia el grado de certeza positiva que demanda una condena. Según detalló, la acusación fiscal recaía en «la entrega de un supuesto departamento que no se [encontraba] en condiciones aptas de habitabilidad como así tampoco se [encontraba] con la respectiva habilitación municipal a tal efecto, siendo que el denunciado había prometido la entrega de un departamento de tres ambientes en condiciones óptimas de habitabilidad, escrituración y venta». Respecto del objeto procesal, el a quo indicó que le asistía razón a la magistrada titular del entonces Cuarto Juzgado de Garantías al señalar, que era imposible afirmar que el imputado actuó dolosamente en la celebración del contrato de fideicomiso con los denunciados, toda vez que ciertas evidencias recolectadas en la causa indicaban que los denunciados sabían que firmaban un contrato en el que asumían riesgos, y puesto que las demoras injustificadas del acusado en la tramitación municipal de aprobación del departamento negociado, sólo podían demostrar una negligencia en la administración del fideicomiso, pero no un ocultamiento predeterminado (ver fs. 345). Además, el tribunal consideró que tampoco hallaba elementos objetivos para considerar que el acusado había entregado, de manera predeterminada y maliciosa, el departamento de los denunciados en condiciones no aptas para la habitabilidad, máxime cuando el arquitecto inspector de la obra dio cuenta de que todas las falencias que observó tenían solución. Finalmente, en razón del vencimiento de todos los plazos procesales y de la imprevisibilidad para el acceso de nuevos elementos probatorios, entendió acertado confirmar el sobreseimiento apelado por la parte querellante y recomendar que el conflicto suscitado se canalizara por las vías civiles (ver fs. 345 vta.).

II.- El recurso de casación del querellante

El querellante impugna la resolución antes individualizada aludiendo a lo dispuesto en el art. 474, incs. 1° y 2° del CPP; esto es, por entender que la resolución contiene vicios in procedendo e in iudicando.

De modo preliminar, sostiene que la resolución emanada del tribunal a quo contiene una fundamentación insuficiente, aparente y contradictoria, toda vez que el material probatorio recolectado es contundente y unívoco en el sentido de la culpabilidad del acusado.

Así, entiende que el tribunal interpretó la declaración de la denunciante Niella de modo erróneo, puesto que de éste no se desprende que los compradores reconocieran tener conocimiento del riesgo que conllevaba el «cambio de destino de planos», necesario para construir el departamento que le ofrecieron. En este sentido indica que, según los testimonios brindados en la causa, el acusado ofreció y se comprometió a realizar dicho trámite, pero que nunca puso en conocimiento de los denunciantes que el departamento que ofrecía no tenía, ni los planos, ni «el cambio de destino» aprobados. Entiende que el engaño en la maniobra fraudulenta radica en el ocultamiento premeditado de que el departamento ofrecido no estaba autorizado.

Agrega que en los expedientes administrativos del complejo habitacional en el que éste se ofrecía, no había plano alguno o trámite terminado. Señala que no puede afirmarse, como lo hace el tribunal, que Niella firmaría un contrato donde asumiría ciertos riesgos, porque ésta no supo que la construcción del departamento no estaba autorizada sino dos meses después de que fuere entregado. Señala que no es acertada la afirmación del tribunal que postula que el acusado no actuó dolosamente al contratar.

Explica que éste no era un inexperto en la construcción de departamentos y que conocía la reglamentación antes de firmar el contrato con los denunciantes. Expresa que Niella y su esposo nunca pudieron compulsar, antes de la firma del contrato de incorporación al fideicomiso, el estado de los expedientes administrativos de la construcción del complejo, puesto que no eran parte en los mismos y tampoco tenían interés legítimo.

Explica que el acusado sí tenía acceso a dichos expedientes y que no pudo alegar desconocimiento de la falta de autorización municipal puesto que él mismo la había solicitado.

Afirma que esta circunstancia refuerza la hipótesis de un accionar doloso por parte del acusado, en tanto que debió informar a los compradores que el «cambio de destino» no se encontraba autorizado. Invoca los elementos probatorios que, según su criterio, demuestran esta circunstancia (fs. 354 y vta.).

Señala que el tribunal a quo no valoró el acta notarial labrada a pedido de los denunciantes y demás compradores del complejo habitacional, en el que Marziali fue emplazado a solucionar y regularizar la situación de clandestinidad de los servicios de la obra.

Señala que este documento fue firmado por el acusado sin negar su contenido. Resalta que la prueba incorporada demuestra que, a pesar del inconveniente generado con la venta del departamento a los denunciantes, el acusado intentó vender la misma unidad en dos oportunidades con pleno conocimiento de la situación de clandestinidad de la obra.

Entiende que estas operaciones posteriores son tentativas de estafa que evidencian el accionar doloso del acusado en el presente caso. Detalla la prueba incorporada al proceso que, según estima, demuestra, que Marziali se valió de la inmobiliaria del testigo Bruno para ser presentado como integrante de una empresa constructora familiar, que era quien estaba a cargo del proyecto inmobiliario y que supervisaba los trabajos personalmente.

Afirma que el tribunal a quo no valoró dicha prueba. Critica la aseveración del tribunal a quo que indica que no existen elementos objetivos para aseverar que el acusado entregó, de manera maliciosa, el departamento en condiciones no aptas para la habitabilidad.

Detalla los expedientes administrativos y demás elementos que, según su criterio, comprueban que el departamento comprado por Niella era una obra clandestina que no se encontraba en condiciones de

habitabilidad, y que fue entregado así por el acusado, de manera predeterminada. En este sentido, además, afirma que el arquitecto inspector de obra que señaló que «todas las falencias observadas tienen su correspondiente solución», es un profesional particular y no un funcionario de la Municipalidad de Godoy Cruz que podía asegurar que la obra sería aprobada.

Critica la afirmación del tribunal a quo cuando sostiene que, más que un ocultamiento predeterminado con intención de obtener una disposición patrimonial perjudicial, lo que hubo fue una demora injustificada en los trámites de habilitación.

Entiende que la llamada «demora administrativa» fue desinterés del acusado porque ya había obtenido la disposición patrimonial por el departamento que había ofrecido a los denunciados.

A modo de conclusión detalla los elementos del delito de estafa y los aplica al caso concreto. Afirma que la disposición patrimonial producida mediante ardid consistió en la entrega de dinero que Niella le hizo a Marziali por la construcción del departamento y el pago de la comisión a la inmobiliaria que lo ofrecía. Formula expresa reserva del caso federal.

III.- El dictamen del Procurador General

Tras resumir los agravios del recurrente y considerarlo formalmente, el Procurador General recomienda el rechazo sustancial de la presentación.

Entiende que las pretensiones del querellante particular implican una revisión ex novo de aspectos ya tratados en la instancia anterior y advierte que éste se basó en puntos neurálgicos del caso para explicar el estado de duda insuperable acerca de la configuración del delito acusado.

Analiza los elementos destacados por el a quo y coincide con él, que desde el principio de la negociación se habló del «cambio de destino» de las cocheras y el sótano del complejo para la construcción del departamento que se ofrecía.

Entiende que no hubo apariencia de empresa por parte del acusado -toda vez que este sí construyó otros departamentos y los vendió-, sino negligencia en la tramitación de los requisitos para conseguir los certificados de final de obra.

Afirma que no están probados el ardid o engaño del delito de estafa y que no se avizora, en el panorama probatorio, que se despeje esa duda acerca del tipo penal. Concluye al indicar que el derecho penal es la última ratio capaz de resolver el conflicto, correspondiendo a la justicia civil entender en la controversia generada con el cumplimiento del contrato firmado por el acusado y la denunciante.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones considero que no corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado por el querellante particular y, en consecuencia, debe confirmarse la resolución recurrida.

A fin de explicar por qué considero que debe mantenerse la resolución criticada, entiendo pertinente, en primer lugar, hacer un repaso cronológico de los hechos que han conformado el objeto procesal de autos y la forma en que se ha llegado a esta instancia (a). Luego, en segundo orden, daré las razones por la que concuerdo con la solución propiciada por el tribunal a quo (b). a. Acerca del hecho investigado La lectura conjunta de la denuncia, las declaraciones testimoniales y demás constancias administrativas acompañadas a la causa permiten afirmar que el objeto procesal de esta causa se encuentra delimitado por los siguientes hechos. Alberto Marziali se desempeñaba como el fiduciario encargado de la gestión patrimonial y administrativa de la construcción de un complejo edilicio ubicado en la calle Reconquista N° 1.691 de Godoy Cruz, emprendimiento en el que ya se habían construido tres departamentos con sus

respectivas cocheras y que contaba con un permiso de obra provisorio desde el 23/06/2008. Debido a que dos de esas cocheras no habían sido vendidas, Marziali tramitó en la Municipalidad de Godoy Cruz un «cambio de uso», a efecto de convertirlas en un cuarto departamento. El pedido de factibilidad para dicho cambio fue iniciado ante la Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad de Godoy Cruz el día 24/9/2010. La cuarta unidad funcional fue ofrecida al público general mediante el corredor inmobiliario Eduardo Bruno y, así, llegó a conocimiento de la denunciante, María Niella. Niella y su marido se entrevistaron con Bruno, visitaron el complejo residencial y conocieron a Marziali, tras lo que firmaron un Contrato de Adhesión al Contrato de Fideicomiso Inmobiliario vigente, y pactaron el aporte de \$160.000 como fiduciantes a cambio del derecho a la adjudicación del dominio de la unidad ofrecida. Los primeros \$75.000 de esta operación fueron entregados al momento de la adhesión, \$80.000 fueron pactados en 10 cuotas de \$8.000 pesos cada una, y los restantes \$5.000 fueron aplazados hasta la escrituración. La entrega de la posesión de la unidad funcional debía cumplirse al pagarse la última cuota (ver documentación de fs. 1/11 y denuncia de fs. 78). El día 21/7/2011 Niella y su marido abonaron la última cuota pactada, pero, sin embargo, no se hicieron de la posesión del departamento sino hasta el día 30/3/2012 debido a demoras del constructor para terminarlo. Al realizarse la entrega, la denunciante constató mediante actuación notarial la deficitaria finalización de la obra y, por ello, el día 13/04/2012 intimó a Marziali a que le hiciera entrega de los certificados finales de obra. Ante la falta de respuesta del acusado, el día 03/05/2012 Niella ofició a la Municipalidad de Godoy Cruz a efectos de conocer el estado administrativo de la obra, ocasión en la que le fue notificada que ninguna de las unidades funcionales del complejo tenía certificados finales de inspección ni de habitabilidad. Así, tras compulsar las actuaciones administrativas, los denunciantes dieron con que tampoco se encontraba aprobado el «cambio de uso» para la construcción del cuarto departamento, razón que motivó la denuncia penal (ver recibos obrantes a fs. 14/21, actuaciones notariales de fs. 67/74, denuncia de fs. 78, y oficio y notificación de fs. 46 y 41). La lectura del expediente permite conocer, asimismo, cómo evolucionó la presente causa. Surge así que el fiscal a cargo de la investigación pidió el archivo de las actuaciones, lo que suscitó la oposición del querellante y un trámite de discrepancia bajo el régimen del antiguo art. 362 del CPP (ley 8.008). Resuelta la continuación de la investigación, se produjo nueva prueba, se otorgaron cuatro pedidos de prórroga de la investigación, se requirió la citación de las partes a juicio oral y, finalmente, el entonces Cuarto Juzgado de Garantías sobreseyó al acusado a pedido de la defensa. A raíz de ello, el querellante apeló la decisión de sobreseimiento que fuere, luego, confirmada por la ex Cámara de Apelaciones (ver fs. 102, fs. 117, fs. 121, fs. 165, fs. 244, fs. 258, fs. 269/276, fs. 287, fs. 298, fs.302/311, fs. 316/317 y fs. 342/346). b. Acerca de la duda insuperable del tribunal a quo La parte querellante entiende que existen elementos de prueba suficientes para subsumir el caso como un supuesto de estafa genérica, y, consecuentemente con ello, para avanzar hacia la etapa de juicio oral. Ello puesto que, según estima, sus disposiciones patrimoniales fueron provocadas mediante el error que el acusado le provocó, de manera ardidosa, en distintos momentos. Por un lado, apunta que el acusado aparentó un giro comercial regular mediante la oferta de departamentos en una inmobiliaria, la inscripción del inmueble en el que desarrolló el complejo a nombre de un fondo fiduciario, la construcción de tres departamentos en dicho complejo, y la presentación de un modelo de contrato de adhesión al fideicomiso, todo lo que, de acuerdo con su criterio, creó seguridad en los compradores del cuarto departamento. Por otro lado, el querellante indica que Marziali sabía desde el inicio de las tratativas que el trámite de «cambio de uso», necesario para habilitar la construcción del departamento que les vendía, no sería aprobado y que, a pesar de ello, incorporó a Niella como fiduciante de una construcción que entregaría, a sabiendas, de modo clandestino. En pocas palabras, que ocultó

premeditadamente la falta de autorización municipal (ver recurso, fs. 361 vta.). Resumidos de este modo los planteos de la parte recurrente, considero que no existen buenas razones para acoger la presentación recursiva. En efecto, comparto con el tribunal a quo que no existen elementos de convicción suficientes para sostener como probable, que el comportamiento del acusado previo y concomitante a la firma del Contrato de Adhesión al Fideicomiso haya sido un ardid tendiente a generar una disposición patrimonial en perjuicio de Nellia y su marido. Para afirmar lo anterior conviene, previamente, puntualizar de modo breve los requisitos dogmáticos del delito de estafa. Sabido es que el art. 172 del CP sanciona ataques contra el patrimonio en los que se constata una secuencia específica por parte del autor, la cual se configura a partir del uso de un engaño bastante que, ex ante, es lo suficientemente idóneo como para provocar en la víctima un error que determine, a su vez, una disposición patrimonial perjudicial. En el caso de análisis, el tribunal de mérito ha rechazado las pretensiones acusatorias del querellante puesto que coincidió con lo manifestado por el entonces Cuarto Juzgado de Garantías, que entendió que «no surge ningún accionar delictivo por parte del imputado [...], en sí misma es una operación civil consensuada y amparada en disposiciones legales vigentes» (ver fs. 309 vta.). En efecto, el a quo sostuvo en este sentido que «no es posible afirmar que el imputado actuó dolosamente cuando celebró el contrato de fideicomiso, momento crucial a tomar en cuenta para definir la existencia del delito, pues [...] cuando el fraude se produce a través de la realización de un negocio o contrato jurídico, el autor se vale de la contratación para perpetrar el engaño, por lo que éste se presenta desde el inicio del negocio» (ver fs. 345). Coincido con la opinión de la magistratura de mérito cuando señala, que existen ciertos elementos probatorios incorporados a la causa, que indican que los compradores firmaron la adhesión al fideicomiso con conocimiento de los riesgos que implicaba la operación comercial que emprendieron y que, lejos de explicar un ocultamiento premeditado con la intención de obtener una disposición patrimonial perjudicial, ilustran con mayor plausibilidad una «demora injustificada en la realización de [las] gestiones burocráticas» y «una negligencia mayúscula por parte de Marziali en la administración del fideicomiso» (ver fs. 345). En efecto, respecto de lo primero, se destacan los testimonios de María Niella y de Eduardo Bruno, dueño de la inmobiliaria que le ofreció el departamento. En este punto el a quo valoró que Niella sostuvo que Bruno les mostró el complejo y les informó de un proyecto de construir un departamento donde estaban las cocheras (ver fs. 85) y que, por su lado, Bruno dijo que el departamento que se ofrecía tomaría parte de lo que hubiese sido una cochera y un sótano y que el «cambio de destino» necesario para ello era un compromiso que había asumido el acusado (ver fs. 208). Dicho en otras palabras, coincidieron tanto Nellia como Bruno en que lo que se ofrecía era un departamento que originalmente no era tal, sino que iba a tomar espacios que se encontraban proyectados con otra finalidad, para lo cual el constructor, o sea Marziali, debía realizar las gestiones necesarias al efecto. Sobre este aspecto de la resolución debe decirse que, si bien el querellante niega que de dichas declaraciones testimoniales se desprenda un conocimiento de la denunciante sobre las gestiones que implicaba la comercialización del departamento, lo cierto es que no otorga mayores precisiones capaces de explicar cómo la prueba incorporada ilustra su hipótesis del caso. Al contrario, se advierte que el plexo explica, con mayor claridad, la posición del a quo. En concreto, no puede soslayarse que fue el mismo querellante el que le preguntó a Bruno si conocía el estado de los planos en la Municipalidad de Godoy Cruz antes de la comercialización, ante lo que el testigo respondió que «[e]l Dr. Alonso [marido de María Nellia] personalmente se encargó de eso» (ver declaración obrante a fs. 207/208). Sobre este aspecto del ardid denunciado, entonces, entiendo, tal como lo afirma el a quo, que la prueba no puede ser calificada como de un peso de cargo suficiente para llegar a la etapa de juicio oral. Respecto del segundo aspecto del ardid, -es decir, del

ocultamiento premeditado de la falta de aprobación para obtener una disposición patrimonial perjudicial, debe decirse que los elementos de prueba obrantes en la causa tampoco ilustran con la solvencia que requiere la etapa crítica del proceso, que el acusado haya ocultado a los denunciados que la construcción del departamento que ofrecía no había sido aprobado y, así, haya logrado su incorporación al fideicomiso provocando una disposición patrimonial perjudicial. Sobre ello no puede soslayarse que, de acuerdo con las cláusulas de los contratos acompañados, María Nellia había adquirido el derecho a la adjudicación de la unidad funcional descrita en el expediente N° 32.572-E-2008 de la Municipalidad de Godoy Cruz, y, por su lado, el acusado se había comprometido a la tramitación de dicho expediente y todos los demás «que fueren necesarios para autorizar y ejecutar las obras» (ver cláusula 1.2 del Contrato de Incorporación al Fideicomiso, obrante a fs. 1/3, y la cláusula cuarta del Contrato de Fideicomiso, obrante a fs. 7/11). Ahora bien, de las constancias del expediente N° 32.572-E-2008 surge que la tramitación del cambio de destino, necesaria para la aprobación del departamento ofrecido, fue iniciada por Marziali antes de la comercialización del mismo. En efecto, el pedido fue presentado el 23/9/2010 y la operación de adhesión de María Nellia se hizo el 18/11/2010 (ver fs. 1 y fs. 23). Asimismo, surge que dicho trámite siguió su curso entre notificaciones y requerimientos de las autoridades municipales, y distintas presentaciones de los encargados de la obra (ver fs. 29/37). Si bien es cierto que, conforme con el material probatorio incorporado, el impulso del expediente estuvo paralizado hasta el pago de la última cuota pactada -el pago finalizó el 21/7/2011 y las presentaciones del acusado en el expediente se reanudaron en agosto de 2011- (ver fs. 37), no es menos cierto que de tales constancias no surge que la autoridad municipal haya denegado el cambio de uso o destino, y que, a pesar de ello, el acusado haya comercializado el departamento silenciando esa novedad. Según entiendo, lo que explica la prueba con mayor probabilidad es que, como lo advierte el tribunal a quo, el acusado obró con una «demora injustificada en la realización de esas gestiones burocráticas». Con todo, también debe decirse que no existen elementos de prueba suficientes para entender, como lo hace el querellante, que las maniobras de oferta y comercialización de los tres departamentos que los denunciados vieron construidos en el complejo residencial antes de contratar, fueron maniobras para generar «confianza» y, de ese modo, disponerlos a invertir en la construcción del cuarto departamento. Sobre este punto, no puede dejar de valorarse que la obra de construcción de los tres departamentos que los denunciados vieron fue autorizada por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Godoy Cruz y que, sobre ellos, tampoco se otorgaron certificados finales de habilitación (ver fs. 30 y fs. 41), lo que, lejos de explicarse como una «maquinaria fraudulenta» para lograr la venta de un cuarto departamento, se traduce en otro ejemplo de negligencia de Marziali en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por ello, concuerdo con la entonces Cámara de Apelaciones al afirmar que, debido a la insuficiencia del plexo probatorio para avalar el estado de convicción suficiente en la etapa de clausura de la investigación preparatoria, y atento al vencimiento de los plazos de investigación y sus prórrogas, aunado a la inestimable incorporación de nuevos elementos de prueba, el conflicto debe canalizarse por la vía civil correspondiente. Por todo lo dicho, cabe dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.
SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.
Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA :

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 351/362 por el querellante particular y confirmar el auto obrante a fs. 342/346 vta., proveniente de la ex Cámara de Apelaciones.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

16- FUSTER. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	474 Inc2

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FyQcFuster.pdf

Lex: Art. 172 y 173 del CP. Art. 55 CP.

Vox: Desbaratamiento de derechos. Concurso Real.

Summa:

El **TPC** condenó al señalado a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional con costas.

La **defensa** de Gladys Estela Fuster formula recurso de casación (fs. 279/289) contra la sentencia N° 7.157 y sus fundamentos.

El **Procurador General** entiende que sin perjuicio de la condena dictada por el A Quo, el representante del Ministerio Público Fiscal que actuó en el debate no mantuvo la acusación inicial en base a una correcta explicación de los motivos por los cuales, a su entender, no se verificaban los requisitos típicos del delito de estafa pues el hecho constituía solamente una cuestión civil. Sin perjuicio de ello, a instancia de la querrela el a quo condenó a la acusada. Sin embargo, el señor Procurador General no advierte motivos que justifiquen un apartamiento del criterio del Fiscal de Cámara, pues el contrato primigenio que dio lugar a la denuncia fue luego resuelto por mutuo distracto y los compradores voluntariamente aceptaron y firmaron su resolución, negociando la devolución del dinero en cheques.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación imponiendo las costas a la vencida y remitiendo la causa al Tribunal de origen, a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7157, pronunciada por la entonces Excm. Tercera Cámara del Crimen – 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- “Farrés Paluj”
- “Duarte Actis”
- “Álvarez Castillo”

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarezC.pdf

https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcAlvarez.pdf

- “Hemsey”
- “Orozco, Alberto”

b-CIDH

- Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 164. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf
- Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú; Sentencia de 25 de noviembre de 2005; Serie C No. 137, párr. 166; Caso Gómez Palomino vs. Perú; Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Serie C No. 136,

párr. 85; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Sentencia de 15 de junio de 2005; Serie C No. 124, párr. 160.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf

Doctrina citada.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, Marcial Pons, Madrid, 2004

PAWLIK, Michael, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, p. 143.

Parágrafos destacados.

(...) El hecho atribuido, por el contrario, no fue parte de una nebulosa indeterminada, sino producto de una referencia clara, precisa, concreta y circunstanciada de los extremos de la conducta atribuida, sin generar incertidumbre alguna que ponga en crisis el derecho de defensa. El cambio de calificación, afirmó el magistrado de la entonces Tercera Cámara del Crimen, no importa en sí mismo una afectación del principio de congruencia a menos que exista un grosero error en la calificación legal (...)

(...) Sin embargo, cuando la víctima ha sido descuidada el error en el que incurre no es enteramente imputable al autor y, en consecuencia, se considera que el requisito del engaño típico no se completa. (...)

SCJM. Dres.: Valerio. Adaro. Palermo. (Disidencia)

(N.M.C.)

Fallo:

CUIJ: 13-04327866-9/1((010503-56469)) F. Y QUER. PART. C/ FUSTER, GLADYS ESTELA P/ DEFRAUDACION EN LA MODALIDAD DE DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (56469) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104403224*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04327866-9/1 caratulada "F. Y QUER. PART. C/ FUSTER, GLADYS ESTELA P/ DEFRAUDACIÓN EN LA MODALIDAD DE DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (56469) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN". De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. MARIO D. ADARO y tercero OMAR A. PALERMO.

La defensa de Gladys Estela Fuster formula recurso de casación (fs. 279/289) contra la sentencia N° 7.157 y sus fundamentos, pronunciada por la entonces Tercera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial (fs. 258 y vta. y 260/275), por cuanto condenó a su defendida a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional, con costas, por encontrarla autora penalmente responsable del delito de estafa, en tres hechos en concurso real (arts. 172 y 55 del CP), en los presentes autos N° P-56.469/14. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

La entonces Tercera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial condenó a la recurrente por considerar acreditado el hecho oportunamente intimado, según el cual «el día 13 de diciembre de 2011, Gladys Estela Fuster en calidad de presidenta de la Fundación Miguel Ángel Fuster vendió mediante contrato de compraventa a Álvaro Lucas Capmany un lote sito en calle G. Bernardino Ortiz s/n, aproximadamente al 1350, distrito Las Compuertas de Luján, de una superficie de 1400 metros cuadrados individualizado como lote N° 7, por la suma de \$126.000. Capmany hizo entrega de \$50.000 al momento de la suscripción del referido contrato. Se pactó la entrega de \$8.000 en forma mensual y consecutiva y la entrega de la posesión en la quinta cuota.

El denunciante dio cumplimiento a sus obligaciones y emplazó a Fuster mediante carta documento de fecha 8 de abril de 2014 a la entrega de la posesión y la escrituración. No obstante, Fuster no cumplió. Posteriormente, en fecha 9 de abril de 2012, la imputada vendió a Pablo Martín Pérez un lote sito en calle G. Bernardino Ortiz s/n, aproximadamente al 1350, distrito Las Compuertas de Luján, de 1000 metros cuadrados, individualizado como lote "D", por la suma de \$120.000. Pérez hizo entrega de \$94.000 en el acto de la firma de contrato de compraventa y pactó dos entregas mensuales consecutivas. Se estableció como cláusula del contrato la entrega de la posesión al momento de realizarse la escritura traslativa de dominio. Pérez cumplió con sus obligaciones y emplazó a la encartada mediante carta documento de fecha 22 de noviembre de 2013 a los fines de la entrega de la posesión.

Finalmente, el día 12 de abril de 2012, la imputada vendió a Enzo Alberto Mansuino mediante boleta de compraventa un lote sito en calle B. Bernardino Ortiz s/n, aproximadamente al 1350, distrito Las Compuertas de Luján, de una superficie de 1000 metros cuadrados, individualizado con la letra "A" por la

suma de \$120.000. Mansuino hizo entrega de \$60.000 al firmar el contrato de referencia y pactó tres entregas mensuales consecutivas. El comprador cumplió con todas sus obligaciones y emplazó a Fuster mediante carta documento de fecha 22 de noviembre de 2013, a los fines de la entrega de la posesión. Los denunciados se constituyeron en los terrenos adquiridos y advirtieron que Fuster no había respetado la ubicación y distribución de los lotes conforme al croquis que se les entregó junto al boleto de compraventa. Se realizó un acta notarial de constatación y se corroboró que en el terreno adquirido por Mansuino había una vivienda en construcción que no le pertenecía al mismo. Se realizó una audiencia de conciliación entre las partes (fs. 55) en la que acordaron la resolución de los contratos de compraventa suscriptos por los compradores Pablo Martín Pérez, Álvaro Lucas Capmany y Enzo Alberto Mansuino y la Sra. Gladys Ester Fuster, presidenta de la Fundación Miguel Ángel Fuster –vendedora. Para la devolución de las sumas acordadas, la imputada entregó varios cheques –conforme al detalle indicado a fs. 56, 58 y 60 respectivamente. El primer vencimiento acordado operó el día 20 de enero de 2015 y la vendedora hizo entrega de los cheques nro. 83194084, 83194090 y 83194078, todos de la cuenta nro. 078-002331718002 del Banco Supervielle, por la suma de \$20.000 y con igual vencimiento. Los cheques de mención no fueron abonados –según constancia de fs. 62/64– por carecer la cuenta antes mencionada de fondos suficientes, situación que produjo el rechazo bancario» (fundamentos, fs. 264 y vta.). Para resolver, la entonces Cámara del Crimen tomó en consideración las declaraciones testimoniales de Enzo Alberto Mansuino, Pablo Martín Pérez, Álvaro Lucas Capmany, Miguel Ángel Capmany y Lorena Elizabeth Barzola, así como la documentación de fs. 1/42, 43/47, 56/65, 87, 90/109, 111/127, 161/168, 205/209, 234, 232 y 229/230, incorporada sin oposición de partes.

II.- Recurso de casación

La defensa formula recurso de casación con fundamento en el art. 474 inc. 2° del CPP, por considerar que la decisión adolece de vicios in procedendo.

Vicios in procedendo

Luego de argumentar en torno a la procedencia formal de la impugnación por cumplimiento de los requisitos establecidos por el código de rito, la jurisprudencia de la Corte Federal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y doctrina especializada, formula los siguientes agravios. a. En primer lugar, advierte una violación al principio de congruencia. A su entender el juez modificó el hecho por el cual se había acusado inicialmente, en perjuicio de su defendida. Explica que, originariamente, se le había endilgado un hecho calificado como desbaratamiento de derechos acordados y que, a instancia de los querellantes, se la condenó por el delito de estafa. Esto implica la incorporación de elementos que no habían sido objeto de discusión y que no formaban parte de la acusación. Aclara que no se trata del resultado de meras valoraciones sobre la prueba, sino que el tipo penal por el que se la condenó incorpora circunstancias y características del hecho que vulneran el principio de congruencia, pues implican la modificación de la base fáctica. En este sentido, explica que se incorporó al hecho la relación de amistad de Fuster con Miguel Capmany, a partir de lo cual ésta habría aprovechado su confianza para generar apariencia de legalidad. También sostiene que el hecho que se tuvo por acreditado no describe ninguna figura penal, sino simplemente la celebración de un contrato civil incumplido y que fue luego novado. Se le atribuye a la acusada haber vendido con boleto de compraventa un inmueble y de haber incumplido, y luego haber devuelto el dinero mediante cheques de pago diferido que resultaron rechazados; lo que no implica una maniobra defraudatoria sino simplemente un negocio entre partes en el que una incumplió. Afirma que los denunciados demandaron a la Fundación Fuster para cobrar los cheques, y que ya habían obtenido el embargo de otros inmuebles. En relación a los elementos objetivos del tipo de estafa, señala

que no basta con una mera disposición patrimonial, sino que es necesario que ella sea consecuencia inevitable de un error provocado por un ardid o engaño, que en este caso no existe. b. En un segundo orden, considera erróneamente valorada la prueba. Afirma que el juez tuvo por acreditado el ardid o engaño a partir de un abuso de confianza de Fuster hacia Miguel Capmany, padre de uno de los denunciados, y que se valió de planos y mensuras, así como de una reunión en un estudio jurídico con la presencia de una escribana que se comportó como propietaria, para rodear la celebración del contrario de aspecto legal. En relación a la amistad entre Fuster y Capmany, la defensa refiere que ellos no se veían hace muchos años, por lo que ese vínculo no fue utilizado para generar un ardid. En todo caso, podría sostenerse a criterio de la defensa que fueron los denunciados quienes se aprovecharon de esa amistad para no tomar los recaudos mínimos que requiere cualquier operación inmobiliaria. Cuestiona el fallo por cuanto sostiene, para acreditar el error, que no era necesario por parte de las víctimas obrar con diligencia y cuidado, y que el hecho de que no hubieran tomado precauciones tales como ir al Registro Público de la Propiedad a revisar la matrícula del inmueble no obstaba el error y la idoneidad del engaño. Para la defensa se partió de una pretendida ilegalidad inicial y de un supuesto conocimiento de Fuster de su imposibilidad de cumplir el contrato al momento de celebrarlo, circunstancias que no derivan de prueba. En ese sentido, el hecho de que la matrícula del inmueble asignara la propiedad a otra persona que Fuster no significa que ella no tuviera derechos sobre el inmueble. También el testimonio de la escribana Barzola fue –siempre según la defensa– incorrectamente meritado. La testigo expresó en el debate que su marido compró un lote y, ante la demora en el cumplimiento, resolvió de común acuerdo con Fuster el contrato y se le devolvió, mediante cheques de pago diferido, la suma pactada. Sostuvo que la modalidad de preventa, en la que se pacta la compra con quien aún no es titular del inmueble, es habitual y legítima pues el riesgo del contrato justifica un menor precio. Declaró haber certificado las firmas de los contratantes en su carácter de escribana, más no el contenido de los boletos de compraventa. A criterio de la defensa, su testimonio muestra que ella sí realizó las constataciones pertinentes y comprendió que el inmueble no era de Fuster. Eso motivó que firmara el contrato y, ante la demora de Fuster, lo resolviera recuperando la totalidad del precio. Este actuar es incompatible con un conocimiento de la imposibilidad de cumplir por parte de Fuster desde el inicio, y corrobora el hecho de que fue el impedimento fue sobreviniente. Con los denunciados se dio la misma situación, y aún el hecho de que los cheques que recibieron fueron rechazados por falta de fondos no convierte en delito el negocio fallido. Afirma la defensa que Fuster en todo momento tuvo voluntad de darle solución al negocio incumplido –lo que logró con Barzola y sus amigos que también habían comprado–, incluso ofreciendo otros lotes a los denunciados, sin ocultar ni desviar bienes de la fundación, que a la postre fueron embargados. En definitiva, la defensa sostiene que el hecho no constituye un delito, pues Fuster no conocía el futuro desenlace del hecho y no existió un ardid ni engaño –ni la idoneidad necesaria– pues los propios denunciados resignaron los controles pertinentes.

Efectúa reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que del recurso se le confiere, el señor Procurador General destaca que el representante del Ministerio Público Fiscal que actuó en el debate no mantuvo la acusación inicial en base a una correcta explicación de los motivos por los cuales, a su entender, no se verificaban los requisitos típicos del delito de estafa pues el hecho constituía solamente una cuestión civil.

Sin perjuicio de ello, a instancia de la querrela el a quo condenó a la acusada. Sin embargo, el señor Procurador General no advierte motivos que justifiquen un apartamiento del criterio del Fiscal de Cámara,

pues el contrato primigenio que dio lugar a la denuncia fue luego resuelto por mutuo distracto y los compradores voluntariamente aceptaron y firmaron su resolución, negociando la devolución del dinero en cheques.

Aunque esos cheques no tenían fondos, se encuentra en trámite su ejecución en el fuero civil, por lo que desapareció el contrato inicial. Por último, señala que si bien la separación entre la estafa y el mero incumplimiento contractual no es sencilla, en este caso no se encuentran configurados los requisitos del tipo penal endilgado, en tanto las pruebas incorporadas no permiten establecer la existencia de un engaño ni de un perjuicio patrimonial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Del examen del recurso de casación promovido y la sentencia impugnada, adelanto opinión en el sentido de que corresponde rechazar la impugnación y confirmar la resolución criticada, en atención a los motivos que a continuación se exponen.

Preliminarmente debo decir que la censura casatoria resulta admisible desde el punto de vista formal, toda vez que la sentencia condenatoria recurrida encuadra en las previsiones que el Código Procesal Penal establece en atención a las disposiciones de los arts. 475 y 478 inc. 1 del CPP.

A los fines de brindar una fundamentación debidamente razonada, el tratamiento de los agravios comenzará por el abordaje de los vicios en la valoración probatoria (a), que será luego contrastado con los cuestionamientos a la calificación jurídica asignada por el a quo al hecho (b), pues aunque la defensa ha formulado estos dos tipos de cuestionamiento de forma conjunta y como vicios in procedendo, las afirmaciones sobre el sentido jurídico del hecho acreditado serán evaluadas separadamente. Deslindados estos aspectos, ingresaré finalmente al análisis de la pretendida vulneración del principio de congruencia (c). a. Sobre el mérito probatorio efectuado por el a quo. La defensa centra sus cuestionamientos al respecto en la forma en que se tuvo por acreditado el ardid, el error en las víctimas y el perjuicio patrimonial. Respecto de lo primero, la defensa impugna el modo en que se meritó la relación entre Fuster y Miguel Capmany, padre de una de las víctimas. En tanto el a quo tomó en cuenta esa relación como parte del engaño realizado, la defensa pone en tela de juicio que realmente haya existido una amistad capaz de generar confianza en los contratantes, pues a su juicio fueron los denunciados quienes aprovecharon ese vínculo como base para disminuir sus deberes como compradores de un inmueble y no tomar los recaudos mínimos, como constatar el dominio registral. Esta tesis se vería corroborada por la declaración de la escribana Barzola, quien efectuó los estudios de títulos correspondientes y comprendió que el negocio había fracasado, logrando luego recuperar el capital invertido.

Ahora bien, el cuestionamiento de la defensa no resulta suficiente para conmovir la conclusión a la que llegó el a quo, pues la sentencia ha derivado la existencia de un ardid no sólo a partir de las pruebas que valora la defensa, sino de un plexo probatorio mayor, interpretado en forma coherente y suficiente a la luz de los estándares de análisis de este Tribunal. Para tener por probado que Fuster había generado un engaño para inducir a error a las víctimas, el juez de sentencia tomó en consideración la actitud y los medios empleados por la acusada para generar la apariencia de estar celebrando un negocio lícito, entre los que se encuentra la relación de antigua data entre Fuster y Capmany (padre).

En efecto, consideró que Fuster conocía a Capmany y se aprovechó de la confianza que éste generaba en las víctimas, pero luego profundizó ese aprovechamiento mediante un ardid: presentó planos, mensuras, y otros instrumentos, en un estudio jurídico, con la presencia de una escribana (Barzola), también llevó a los compradores al inmueble y se los exhibió actuando como si fuera su propietaria. No sólo no les aclaró

la verdadera situación registral del terreno, sino que además llevó adelante una conducta coherente con la apariencia de ser su titular registral. Además, contrataba en nombre de una fundación, lo cual tiene una connotación o carga emotiva positiva en sí misma.

Ello sin perjuicio de que la mentada sociedad, tal como señaló el a quo, no contaba con personería jurídica por no haber concluido el trámite correspondiente ante la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia. En lo relativo al testimonio de Barzola, el a quo sostuvo –a mi entender, acertadamente– que tampoco conocía la verdadera situación: aunque afirmó en el debate haber estudiado la matrícula del inmueble y haber constatado que una persona de nombre Erreguerena aparecía como fiduciario, se le exhibió la matrícula donde no aparecía ninguna persona con ese nombre. Tampoco la explicación que brindó Barzola, según la cual se presupone que la titularidad del bien no es de quien firma el boleto de compraventa en los negocios celebrados con la modalidad de «preventa», resultó suficiente para modificar el sentido de la maniobra.

El a quo señaló que los obstáculos para transmitir la propiedad en negocios de esa índole no necesariamente se corresponden con la falta de titularidad del inmueble, sino con la más razonable necesidad de llevar adelante trámites administrativos para concretar el loteo. Respecto de lo segundo, esto es, el cuestionamiento sobre la valoración de la prueba para tener por acreditado el error, la defensa critica el mérito de la conducta de los denunciados y, también aquí, la declaración de Barzola. Sostiene que se partió de una presunta ilegalidad inicial dada por el conocimiento de Fuster de su imposibilidad de cumplir el contrato al momento de celebrarlo, lo que no se encuentra probado; y que el testimonio de Barzola es una muestra cabal de que si se hubiera obrado con la debida diligencia los denunciados hubieran entendido que se trataba de un negocio frustrado y no una estafa.

Ahora bien, las consideraciones sobre el sentido jurídico del hecho –es decir, el vínculo entre el error y la idoneidad del ardid– serán analizadas en el apartado siguiente, limitándonos aquí a verificar el modo en el que el a quo tuvo por acreditado el error. En este sentido, el magistrado de la entonces Tercera Cámara del Crimen sopesó adecuadamente la prueba, de manera conjunta, para arribar a la conclusión de que existió un error en los denunciados. Tomó en cuenta que se trata de personas que no tienen un conocimiento acabado de la manera en que debe realizarse una operación de compra-venta de inmuebles, que tenían a la vista motivos suficientes para considerar que estaban actuando de manera diligente y que actuaron de buena fe. Además, concluyó que Fuster conocía su imposibilidad de cumplir el contrato al momento de celebrarlo porque nada indicaba que el titular del inmueble tuviese algún convenio comercial con ella, es decir, que ni la acusada, ni la Fundación Fuster eran propietarios, administradores, fiduciarios o mandatarios del señor Carlos Touza –única persona con la posibilidad jurídica de vender– por lo que en ningún escenario posible podría haber cumplido con lo pactado en el contrato. Esto era conocido desde el inicio por Fuster.

Por último, en relación a la valoración del testimonio de la escribana Barzola en punto al error, no se advierte de qué manera las consideraciones de la defensa podrían variar el resultado del razonamiento anterior. La defensa pretende derivar, del hecho de que el marido de la escribana también compró un lote y resolvió el contrato mediante un acuerdo de devolución del precio en cheques de pago diferido, y de que Barzola obró con debida diligencia en la contratación y revisó el estado registral del inmueble, la conclusión de que los denunciados pudieron actuar de igual modo para no incurrir en error.

Al respecto debe decirse, por un lado, que las premisas de las que parte la defensa son sólo parcialmente verdaderas, y por otro, que aunque fueran totalmente ciertas no resultan suficientes para conmovir la conclusión del a quo. Veamos. Si bien es cierto que el esposo de Barzola también firmó un boleto de

compraventa para adquirir un lote y recibió cheques una vez incumplida la obligación de Fuster, lo cierto es que de la declaración de Barzola surge que la acusada solamente accedió a devolverles el capital, no los intereses, una vez emplazados por el matrimonio. Si bien esto es compatible con la ausencia de error en Barzola y su esposo, no necesariamente implica que no haya existido un engaño e inducción al error en los demás contratantes.

Por otro lado, el hecho de que la escribana hubiera obrado con debida diligencia por haber revisado la matrícula del inmueble no está acreditado, pues –tal como se señaló antes– aseveró haber constatado la existencia de un dominio fiduciario a nombre de una persona «Erreguerena», lo que no se condice con la prueba documental incorporada en autos. Más allá de esto, aún en el caso en que hubiera efectivamente realizado la comprobación, ello no resulta relevante para la evaluación del ardid ni el error en relación a los denunciados ni de la conducta de Fuster, sino que solamente demuestra una distinta comprensión o actitud ante el negocio por parte de Barzola. Este análisis me lleva a sostener que las consideraciones expuestas por el a quo son suficientemente razonables como para tener por válido el mérito de la prueba desplegado en la sentencia y, en consecuencia, rechazar el agravio propuesto. Los cuestionamientos de la defensa aparecen como un intento de fragmentar la motivación de la sentencia para cuestionar partes del razonamiento que le resultan favorables en virtud de su posición procesal, más no ha logrado demostrar lagunas en la valoración probatoria realizada. b. Calificación jurídica del hecho acreditado La defensa impugna el sentido jurídico atribuido por el a quo al hecho. Asevera que su incorrecto mérito de la prueba lo llevó a tener por acreditado el ardid o engaño por parte de Fuster, y el error por parte de los denunciados –puntos tratados en el apartado anterior– y que de ello se deriva una errónea aplicación del tipo penal de la estafa.

Concretamente, efectúa dos afirmaciones: por un lado, que la conducta desplegada por Fuster no constituye un ardid idóneo para hacer incurrir en error a las presuntas víctimas y, como consecuencia de ello, que no se trata de una estafa sino de un mero incumplimiento contractual. Por diversos motivos el agravio debe ser rechazado.

Considero que la función de este Tribunal en el análisis de este tipo de cuestiones –vinculadas al sentido jurídico del hecho– debe comenzar con el contraste entre los argumentos defensivos y la sentencia que se impugna. En este sentido, en primer lugar –deslindado ya el hecho de que el a quo tuvo por probada una conducta engañosa por parte de Fuster–, afirmaré que la resolución del juez de instancia previa explica suficientemente cómo debe evaluarse la idoneidad del ardid, por qué en el caso concreto fue idóneo, y por qué los argumentos de la defensa no resultan suficientes para conmovir su razonamiento. En segundo lugar, reconstruiré sus argumentos para explicar por qué el hecho no se trató de una cuestión civil, sino de un delito penal. En relación con lo primero, el juez señaló que para evaluar el ardid como elemento objetivo del tipo de la estafa existen diversas posiciones, y que el representante del Ministerio Público Fiscal se inclinó por aquella que entiende que un ardid solamente es idóneo cuando logra hacer incurrir en error a un sujeto pasivo que ha sido cuidadoso y diligente: si el error proviene de una negligencia de la víctima, el ardid no satisface el requisito típico. Sin embargo, el a quo cuestionó esta posición pues a su entender, llevada al extremo, equivaldría a la imposibilidad de que se cometan estafas respecto de bienes registrables: siempre que la diligencia del sujeto pasivo se defina por el estudio de títulos en este tipo de bienes, independientemente de la conducta del co-contratante, no cabría la posibilidad de incurrir en error y no serían aplicables a este tipo de bienes las disposiciones del Código Penal relativas a estafas y otras defraudaciones.

Por eso, para el juez de sentencia, el medio debe considerarse siempre idóneo si el ardid ha hecho caer en error a la víctima y existe una relación de causalidad entre éste y el perjuicio patrimonial. Ahora bien, las afirmaciones de la defensa no inmutan este razonamiento. En efecto, la defensa se ha limitado a sostener que si los denunciados hubieran realizado la constatación registral del inmueble no hubieran incurrido en error, sin dar cuenta de las afirmaciones del a quo para explicar por qué el ardid revestía características que satisfacían las exigencias típicas, ni de qué modo éstos podrían haber eludido el error inducido por otras conductas desplegadas por la acusada para generar confianza. En segundo lugar, y en punto a la caracterización del suceso como un hecho de relevancia únicamente civil, el tribunal de sentencia justificó suficientemente que el contrato realizado entre Fuster y los denunciados constituyó un medio o instrumento para llevar adelante su ardid.

Explicó que el contrato podría ser nulo, incumplir las exigencias legales para ser ejecutado en un proceso civil, o carecer de efectos jurídicos, y sin embargo ser útil para vehicular un ardid idóneo en los términos del art. 172 del CP. Tampoco el hecho de que los denunciados hubieran extinguido el contrato y acordado la devolución del dinero en cheques – que no pudieron ser cobrados– es relevante en términos penales, pues –como señaló el a quo– la consecuencia de la rescisión del boleto de compraventa es que éste deje de existir en términos civiles, pero no elimina su existencia en lo que penalmente resulta relevante, puesto que el mentado boleto existió históricamente y supuso la consumación de un ilícito penal que no se encuentra sujeto a la suerte del proceso civil. El delito ya se había configurado y la extinción del contrato solamente podría haber tenido relevancia procesal si se hubieran cobrado los cheques.

En definitiva, tampoco los cuestionamientos sobre el encuadre jurídico del hecho efectuados por la defensa pueden ser acogidos en esta instancia, pues los argumentos esgrimidos en el planteo casatorio no resultan suficientes para rebatir las razones brindadas por el a quo, que justifican suficientemente la decisión adoptada.

c. Consideraciones en torno a la pretendida vulneración del principio de congruencia. El punto de agravio tampoco puede ser acogido en esta instancia, en base a las siguientes razones. La defensa sostiene que la modificación en la calificación jurídica del hecho operada a instancia de la parte querellante –de desbaratamiento de los derechos acordados a estafa– implicó una modificación en el suceso por el cual se había acusado inicialmente a Fuster, en su perjuicio, pues implica la incorporación de elementos que no habían sido objeto de discusión y que no formaban parte de la acusación: el ardid o engaño, el error de parte de los denunciados y la disposición patrimonial.

Además entiende que se incorporó al hecho la relación de amistad de Fuster con Miguel Capmany, a partir de la cual ésta habría aprovechado su confianza para generar apariencia de legalidad, y que se le cambió el sentido jurídico al hecho, que pasó de un incumplimiento contractual a una maniobra engañosa.

Según advierto, la defensa no ha dado mayores precisiones para explicar una variación de la plataforma fáctica imputada que haya dificultado el ejercicio de su ministerio, o cómo es que la hipótesis alternativa planteada por la defensa –mero incumplimiento contractual– se vio dificultada o entorpecida. La sentencia impugnada dio cuenta suficientemente de una variación en la calificación jurídica a partir de los mismos hechos que se le atribuyeron a Fuster en la acusación. De hecho, dedicó un apartado a explicar que la congruencia implica identidad del hecho imputado a lo largo de todo el proceso y la ausencia de variaciones que sorprendan a la defensa en la plataforma fáctica, así como la atribución de objetos procesales imprecisos, generadores de incertidumbre. Por el contrario, sostuvo, para que sea eficaz y cumpla sus fines, la intimación debe ser concreta, expresa, clara y precisa, circunstanciada, integral y

oportuna, con el designio de que el imputado pueda oponer con eficacia sus medios defensivos a los cargos (fundamentos, fs. 270/271).

El hecho atribuido, por el contrario, no fue parte de una nebulosa indeterminada, sino producto de una referencia clara, precisa, concreta y circunstanciada de los extremos de la conducta atribuida, sin generar incertidumbre alguna que ponga en crisis el derecho de defensa. El cambio de calificación, afirmó el magistrado de la entonces Tercera Cámara del Crimen, no importa en sí mismo una afectación del principio de congruencia a menos que exista un grosero error en la calificación legal (fundamentos, fs. 271).

Por el contrario, en este caso la conducta desplegada por Fuster fue considerada un desbaratamiento de los derechos acordados, lo que a entender del a quo constituye un error pues no hubo un negocio jurídico capaz de generar un derecho luego desbaratado, sino un ardid idóneo para lograr una disposición patrimonial perjudicial. Para que exista el desbaratamiento, aclaró el juez, debe existir un negocio jurídico válido en virtud del cual el agente otorga a otro un derecho sobre el bien o se pacta una obligación. En este caso falta ese acto jurídico, pues Fuster no ostentaba un derecho real sobre el inmueble.

Tampoco existió una venta de cosa ajena, pues el boleto de compraventa no es un título suficiente para transmitir la propiedad inmueble. Sin embargo, el a quo consideró que el significado jurídico de ese hecho era el de una estafa a los términos del art. 172 del CP, pues la suscripción del boleto de compraventa constituyó una maniobra ardida que generó error en los denunciados y motivó un desplazamiento patrimonial perjudicial, configurando de ese modo todos los elementos del tipo penal solicitado en subsidio por la parte querellante. La vulneración al principio de congruencia que pretende sostener la defensa no resulta atendible en esta instancia, en base a cuatro razones.

En primer lugar, porque no ha formulado cuestionamientos en su impugnación que contesten mínimamente las razones explicadas por el a quo para condenar a Fuster por el delito de estafa previsto en el art. 172 del CP. La impugnación, en efecto, no supera el contraste con la resolución que critica, que no sólo ha abordado el punto relativo al principio de congruencia sino que ha explicitado argumentos no contestados por la defensa. En segundo orden, en tanto la única afirmación que sustenta una modificación en la base fáctica –y no en el sentido jurídico del hecho– es la valoración de la relación entre Fuster y Capmany (padre), elemento que –contrariamente a lo sostenido por el recurrente– fue tomado en consideración sólo como una prueba de la maniobra engañosa de Fuster y no como parte del hecho delictivo. Así, y tal como se señaló en el primer segmento de este voto, la relación entre Fuster y Capmany fue meritada como una prueba de su propósito de generar un ardid que condujera al error a los denunciados, dentro de un marco probatorio más amplio en el mismo sentido, por lo que ese elemento en particular no es decisivo en el razonamiento del a quo, sin perjuicio de que –además– constituye una prueba del hecho y no un elemento del tipo por el que se condenó a Fuster.

En tercer lugar debe rechazarse el planteo porque, más allá del cuestionamiento en torno a la valoración del testimonio de Capmany, la defensa no ha demostrado que el cambio de calificación operado a instancia del querellante implicara la modificación del hecho contenido en la acusación.

De la lectura de la sentencia impugnada surge que el a quo tuvo por acreditado el mismo suceso por el que se acusó originalmente a Fuster, sin perjuicio del distinto –y justificado– sentido jurídico que se le atribuyó. En cuarto y último orden, no se advierte una vulneración a las reglas procedimentales seguidas para condenar a Fuster por el delito de estafa. En efecto, la parte querellante explicó en su alegato que el significado jurídico de la conducta de Fuster debía ser considerada un desbaratamiento de derechos acordados (art. 173 inc. 11 del CP), y en subsidio una estafa (art. 172 del CP).

La defensa tomó la palabra con posterioridad –v. acta fs. 252/257 vta.–, oportunidad en la cual pudo defenderse del planteo en subsidio. En consecuencia, tampoco el agravio vinculado a la vulneración del principio de congruencia puede ser admitido en esta instancia. d. Conclusión En conclusión, la sentencia originaria de la entonces Tercera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción no contiene los vicios que se han aducido en esta instancia, razón por la que el recurso de casación presentado por la defensa de Gladys Estela Fuster debe ser desestimado y, en consecuencia, debe confirmarse su condena. ASÍ VOTO.

Voto de Dr. Adaro. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Voto de Dr. Palermo. Disidencia.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, EN DISIDENCIA: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que me permito disentir con la solución a la que arriban mis colegas de Sala en el acuerdo que me precede.

A mi entender, el recurso de casación planteado por la defensa de Gladys Estela Fuster procede sustancialmente, por lo que corresponde anular la decisión de la entonces Tercera Cámara del Crimen y remitir las actuaciones a origen a efectos de que se emita un nuevo pronunciamiento.

En honor a la brevedad, me ocuparé de dos agravios decisivos para la solución que propongo, conforme la técnica analítica sostenida por este Tribunal en reiteradas oportunidades (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

1.- En primer lugar considero apropiado realizar algunas consideraciones sobre **el engaño típico** en el delito de estafa que, según entiendo, resultan fundamentales para el correcto encuadre jurídico del caso.

a.- El señor Fiscal de Cámara solicitó la absolución de la acusada, pues consideró que el hecho imputado no revestía los caracteres propios de los tipos de estafa o desbaratamiento de los derechos acordados, sino que solamente implicaba un incumplimiento contractual cuya solución correspondía al fuero civil. Señaló que las víctimas no habían obrado con la debida diligencia por cuanto omitieron realizar el estudio de títulos que tenían a disposición. Explicó que -precisamente- para eso existe un Registro Público.

Además, consideró que la idoneidad del ardid o engaño no puede definirse sin tener en cuenta a los sujetos pasivos, que en este caso son personas no ajenas al mercado comercial y tomaron su decisión basados en las buenas condiciones que ofrecía la acusada.

Por otro lado, el a quo dedicó una parte de su análisis a explicar la existencia de un ardid o engaño. Tuvo por probada su configuración con base en diferentes elementos de convicción: la actitud y los medios empleados por Fuster para generar la apariencia de que estaba llevando adelante un negocio lícito; el empleo de su relación con Capmany (padre) de antigua data para generar confianza; la cita en un estudio jurídico para suscribir un contrato en presencia de una escribana; la actuación a nombre de una Fundación, con la carga emotiva positiva que eso conlleva; entre otros. Consideró que el mérito probatorio que llevó adelante el juez de instancia previa -analizado en profundidad en el voto que me precede, al que remito en ese aspecto- es adecuado, y que se encuentra debidamente acreditada la maniobra engañosa por parte de Fuster.

También, indicó que está claro que, en el caso concreto, dicha maniobra ardidosa condujo a error en las víctimas, lo que motivó un acto de disposición patrimonial que les resultó perjudicial.

Ahora bien, según entiendo, no todo engaño o ardid tiene la entidad suficiente para configurar el delito de estafa. Tal como lo explicó el a quo, existe una discusión en torno a este elemento objetivo del tipo de estafa en el que pueden reconocerse dos posiciones.

Por un lado, se dice que el engaño solo es idóneo cuando logra hacer incurrir a una víctima diligente que ha cumplido con sus deberes de autoprotección.

Sin embargo, cuando la víctima ha sido descuidada el error en el que incurre no es enteramente imputable al autor y, en consecuencia, se considera que el requisito del engaño típico no se completa.

Esta es la posición que el representante del Ministerio Público Fiscal adoptó. Por otra lado, se sostiene la opinión que tuvo en cuenta el a quo, según la cual lo decisivo es que el engaño haga efectivamente incurrir en error a la víctima y exista una relación de causalidad psíquica entre éste y el desplazamiento patrimonial.

Constatada esa causalidad psíquica al engaño se lo considera idóneo. El único argumento aportado para sostener esa posición es que, de adoptarse la contraria, no podrían existir defraudaciones que versaran sobre bienes registrables independientemente de la conducta de los contratantes. Pues bien, en estas afirmaciones del a quo radica el punto crítico de la resolución, decisivo para determinar la responsabilidad de Fuster.

A mi entender, el juez sentenciante se ha limitado a exponer las dos posibles interpretaciones respecto de la idoneidad del engaño, sin brindar razones suficientes para fundamentar su decisión –que luce como una toma de postura injustificada–, y sin analizar de manera razonable las circunstancias del caso.

Esta estrategia argumentativa ha traído como consecuencia una omisiva y arbitraria explicación sobre la relación de causalidad entre la conducta de Fuster y el perjuicio patrimonial; lo que repercute no sólo a nivel de determinación del injusto típico, sino también en un omisivo –y, por tanto, injustificado– análisis de la culpabilidad.

Un análisis adecuado de la cuestión debe ser consecuencia de un estudio razonado de las cuestiones en juego y de la información disponible. Sobre el fundamento del deber de motivación de las decisiones judiciales me he expedido con anterioridad, en precedentes a los que remito en honor a la brevedad -v. **«Farrés Paluj», «Duarte Actis», «Álvarez Castillo»,** entre otros-.

A mi modo de ver, la resolución no contiene un fundamento debidamente razonado a partir de los hechos y pruebas que obran en la causa, por lo que no satisface el deber de motivación y debe ser anulada (conf. arts. 155, 411, 416 inc. 4°, 474 inc. 2 y 486 del CPP). Veamos.

b.- Según creo, la cuestión determinante es la definición de los límites del comportamiento permitido en el delito de estafa, es decir, determinar cuándo el comportamiento del autor constituye una agresión típica del patrimonio ajeno mediante la instrumentalización de la víctima.

Precisamente la estructura compleja de este delito, en el cual la propia víctima es quien lleva a cabo el acto de disposición que luego le resulta perjudicial, requiere explicitar el criterio que permite deslindar el ámbito de responsabilidad de cada uno de los intervinientes.

La estructura dogmática de la estafa es la misma que la de un supuesto de autoría mediata a través de un instrumento que obra en error: el último en actuar es la víctima que actúa en error autolesionando su patrimonio.

Sin embargo, el último responsable no es la víctima que obra en error, sino el autor de la estafa que instrumentalizó a la víctima mediante el engaño típico. Ahora bien, un Estado democrático de Derecho no tiene una relación paternalista con sus ciudadanos, de modo que la víctima de la estafa no puede ser heteroadministrada, sino que debe ser tratada como un sujeto racional y auto-responsable. Dicho de otro modo, la víctima es responsable de su acto de disposición porque constituye una manifestación de su libertad.

Por eso debe cargar con las consecuencias del mismo –incluso las perjudiciales–, a menos que exista una razón normativa que permita desplazar la responsabilidad al autor por el acto de disposición llevado a cabo por la víctima.

Este último es el caso de la estafa: la disposición patrimonialmente perjudicial de la víctima no es imputable a esta última, sino al autor, por haber infringido deberes de veracidad. No cualquier engaño constituye una estafa, sino solo aquel que se produce cuando el autor tiene el deber de ser veraz (**PASTOR MUÑOZ, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, Marcial Pons, Madrid, 2004**). Ahora bien, distinto es el caso de víctimas débiles o vulnerables en razón de su estructura o constitución (niños, enfermos mentales, personas con dificultades de percepción, o personas socialmente excluidas, las que resultan extremadamente vulnerables por ser víctimas de la injusticia distributiva) para los que las reglas sobre el deber de veracidad se ven modificadas en razón de la falta de exigibilidad de racionalidad plena por parte de la víctima.

Sin embargo, tal como lo señaló el señor Fiscal de Cámara, no es éste el caso que nos ocupa, de modo que no estamos ante un supuesto de víctima estructuralmente débil o vulnerable. La identificación de un modelo normativo de víctima permite delimitar la competencia respecto de los deberes de informar u obtener información, y respecto de la veracidad de la información que determina la decisión de disponer del patrimonio.

Respecto de lo primero, establecido que la víctima obró con la racionalidad propia de la operación comercial en cuestión (i) y que la información emocional o afectiva que las víctimas tomaron en consideración para realizar el acto de disposición patrimonial formaba parte del contrato (ii), debe analizarse a quién correspondía el deber de proporcionar/obtener información relevante para contratar de manera segura (iii), y determinar si la información necesaria estaba a disposición, es decir, si era o no materialmente accesible y para qué parte (iv). En cuanto a lo segundo, es decir, en relación a la veracidad de la información empleada, debe considerarse si las víctimas tenían, o debían tener, los conocimientos necesarios para descifrar esa información e incorporarla a su proceso de decisión, o podían hacerse con ellos mediante la intervención de un tercero, es decir, en términos normativos y no fácticos (v); y –en base a la responsabilidad por asunción–, analizar la conducta de las partes a fin de establecer si la víctima renunció a su derecho a la veracidad de la información que recibía (vi), si el autor asumió expresamente mayores deberes de veracidad (vii), y si el autor bloqueó el acceso de la víctima a información que, en principio, era normativamente accesible (viii) (**PASTOR MUÑOZ: 2004**).

Nada de esto ha sido analizado por el a quo. La definición del engaño típico como infracción de un deber de veracidad supone reconocer que la solución del problema no depende de si el autor engaña de un modo u otro, sino de si existen razones normativas para hacerle responsable del déficit de conocimientos de la víctima. Si la mentira que origina el engaño no constituye la infracción de un deber de veracidad, ha de considerarse irrelevante a los efectos de la estafa aunque sea eficaz y conduzca a la víctima a cometer un error.

En cambio, si existe un deber de veracidad, basta la mera omisión de la información debida para poder afirmar la tipicidad del engaño, aun cuando no se haya producido un empeoramiento del estado de conocimientos de la víctima.

En otras palabras, es el deber de veracidad lo que establece es un vínculo normativo entre autor y víctima y constituye el criterio a partir del cual deben interpretarse las acciones u omisiones del autor (**PASTOR MUÑOZ: 2004**).

Los supuestos de contratación que suponen una autovinculación fundamentan la asunción de responsabilidad por las partes. La configuración actual del mercado determina que la adquisición de determinadas informaciones sea competencia primaria de la víctima y que tal competencia tenga un efecto de bloqueo a efectos de la asunción. Dicho con otras palabras, que constituya un límite a las informaciones respecto de las cuales el autor puede asumir un deber de veracidad (**PAWLIK, Michael, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, p. 143**).

Ahora bien, la manera en la que la víctima racional organiza su ámbito de libertad debe incidir tanto en la determinación de la existencia y magnitud del injusto y, como consecuencia, en la medida de la culpabilidad, y con ello también en la determinación del monto de pena en el caso concreto. Dicho con otras palabras, la conducta de la víctima es decisiva tanto para el sí o no de la pena, como para establecer la medida de la reacción penal.

El caso de autos es particularmente complejo, pues el ardid o engaño se contrapone a una fuerte posibilidad de acceso a la información en cabeza de las víctimas, quienes –de haber obrado con la debida diligencia– podrían haber concurrido a los registros públicos que el Estado pone a su disposición para, precisamente, evadir este tipo de engaños.

Como se señaló antes, sobre el Estado pesa un deber de protección de sus ciudadanos, que simultáneamente caracteriza el ejercicio de la ciudadanía y justifica su poder de intervenir penalmente en las relaciones interpersonales que defraudan expectativas normativas. Los principios de subsidiariedad y ultima ratio determinan que, ante mayores instancias de protección extrapenales, menor sea la autorización para intervenir penalmente en los conflictos. Ninguno de estos aspectos ha sido debidamente evaluado en la sentencia recurrida.

Por una parte, el a quo ha sostenido que de mantenerse una posición como la aquí alegada, no sería posible la comisión de estafas respecto de bienes registrables, sin tomar en consideración que en este punto resulta determinante si el autor bloqueó o no el acceso a información a la víctima.

En otras palabras, el a quo omitió valorar la circunstancia –introducida en el debate por el Fiscal de Cámara interviniente, y luego ratificada en esta instancia por el Procurador General– de que en autos, si bien la autora del hecho engañó, no impidió el acceso a la información necesaria para evitar el error, que se encontraba plenamente disponible para las víctimas en el Registro Público respectivo.

Qué valor tiene la ausencia de bloqueo al acceso de información, es algo que debió ser meritado por el a quo. Por otra parte, tampoco ha analizado qué papel desempeña el comportamiento de las víctimas en el sí o no de la imputación y en el grado o quantum de imputación del injusto y la culpabilidad, lo que debe reflejarse necesariamente en la determinación de la pena, aspecto éste que no ha sido valorado razonadamente por el a quo; de modo que su sentencia, en mi opinión, debe ser anulada.

2.- En segundo orden, y en relación al agravio esgrimido por la defensa relativo a la falta de consideración del tiempo transcurrido desde el hecho hasta que se pronunció la sentencia condenatoria en contra de la imputada, advierto que tampoco fue considerado en el momento de la individualización de la pena aplicable.

De forma sostenida he señalado que «si la extensión [del] proceso ha quebrantado la garantía de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable, [...] acarrea dos consecuencias: la imposibilidad de incorporar nuevas pruebas y la necesidad de tener en cuenta esta circunstancia, eventualmente, al momento del dictado de una posible condena, en la determinación concreta de la penalidad a aplicar, ya

que las dilaciones indebidas que ha sufrido el juicio inciden en el significado del hecho en juzgamiento [...] (“Hemsey”, CUIJ N° N° 13- 02848904, «Orozco, Alberto», CUIJ N° 13-03984339-5).

En el caso que nos ocupa, se advierte que desde el momento en que se efectuó la denuncia que motivó la investigación en autos hasta que se produjo el dictado de una sentencia condenatoria en contra de la acusada, transcurrieron casi cuatro años -v. denuncia, fs. 01/47, de fecha 29/05/14; sentencia, fs. 258/275, de fecha 26/02/18-.

La extensión de este período de tiempo debió ser evaluada por el a quo según los estándares del debido proceso, que han sido analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades e incluyen, en cada caso, un examen de i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales; y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso (**Corte I.D.H., Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párr. 164**).

La Corte Interamericana ha establecido que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales (**Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú; Sentencia de 25 de noviembre de 2005; Serie C No. 137, párr. 166; Caso Gómez Palomino vs. Perú; Sentencia de 22 de noviembre de 2005; Serie C No. 136, párr. 85; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Sentencia de 15 de junio de 2005; Serie C No. 124, párr. 160**), por lo cual correspondía al juez analizar los motivos en base a los que se ha insumido más tiempo del razonable para dictar sentencia, y tomarlo en consideración en la determinación de la pena.

Los motivos señalados determinan que, a mi entender, corresponda hacer lugar al recurso de casación formulado por la defensa de Gladys Estela Fuster y, en consecuencia, anular la sentencia pronunciada por la entonces Tercera Cámara del Crimen, debiendo remitirse los presentes autos al Tribunal de origen a sus efectos. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto formulado por la defensa de Gladys Estela Fuster en autos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen a sus efectos. Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

17- VIDAL. 11-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M	-	-	-	-	-	A	-		-	-	-	-	477

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf

Lex: Art. 173 del CP, Art. 477 del CPP, Art. 30 del CPP.

Vox: Desbaratamiento de derechos acordados. Recurso de inconstitucionalidad. Recurso de casación.

Summa:

La Excma. **Cuarta Cámara del Crimen** dictó auto de suspensión del juicio a prueba a favor de Serafín Raúl Vidal por el término de dos años, con imposición de reglas de conducta.

El **representante del querellante particular** Carlos Alberto Livingston y el **del querellante particular** Gonzalo Livingston plantean recurso de inconstitucionalidad y casación.

Por una parte, **Carlos Alberto Livingston**, afirma en primer lugar que la omisión del art. 477 del CPP de facultar a la parte querellante a impugnar autos como el presente no supera el control de constitucionalidad, por cuanto impide el derecho al doble conforme y el acceso de la víctima a una tutela judicial efectiva. En segundo lugar, solicita que se efectúe un control de logicidad del fallo. Sostiene que la fundamentación respecto a la situación económica financiera del imputado para ofrecer una reparación mayor es insuficiente, pues se basa sólo en la voluntad del magistrado sin que existan pruebas o medidas previas tendientes a acreditar del modo cierto y serio las posibilidades económicas del acusado.

Por otra parte, **Gonzalo Livingston** plantea la inconstitucionalidad del art. 477 del CPP por no permitir el acceso a la tutela judicial efectiva a la víctima y al doble conforme, en violación a nuestra Constitución Nacional y a los tratados internacionales allí reconocidos. En segundo lugar, solicita la revisión de la lógica del fallo en crisis, mediante argumentos idénticos a los del recurso antes reseñado. También cuestiona que no se haya hecho lugar a la petición de que se tasen los bienes objeto del delito a efectos de considerarlos en el mérito de la razonabilidad de la reparación del daño. Refiere que para esa parte es fundamental el dictado de una sentencia condenatoria en autos, dado que en los procesos seguidos en sede civil quedaría acreditada la maniobra defraudatoria.

El **Procurador General** afirma que los mismos proceden tanto formal como sustancialmente. Formalmente, porque constituyen un medio impugnativo típico, deducido por una parte que representa un interés concreto, mediante un escrito que indica específicamente puntos de agravio y dentro del plazo legal para hacerlo. Sustancialmente, afirma que: i) no parece razonable la aceptación de la reparación ofrecida por el imputado, aún teniendo en cuenta las dificultades económicas que refiere; ii) que el perjuicio sufrido por las víctimas sería mucho mayor al monto que ofrece el acusado; y iii) que la fundamentación de la decisión no es suficiente pues no contrastó el ofrecimiento con la situación económica real del imputado ni con el perjuicio causado.

La **SCJM** rechazó el recurso. En primer lugar, rechaza el recurso de inconstitucionalidad ya que esta procede únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Las impugnaciones no logran formular una crítica razonada de la resolución que cuestiona ni exponen las motivaciones que configurarían un agravio en el caso concreto.

Respecto del recurso de casación, entiende que debe rechazarse subjetivamente ya que, las víctimas se han constituido en querellantes particulares, mas no como actores civiles. Esto excluye como requisito

para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba la reparación del daño, sin perjuicio de que el acusado lo haya efectuado ni de que el tribunal lo haya tomado en consideración e impuesto como regla de conducta.

Resolución cuestionada: auto pronunciado por la Cuarta Cámara del Crimen (actual TPC N° 2°- 1° CJ).

Precedentes citados

a-SCJM

- Linares Borobio. 01-04-04
- Vilchez Segura.
- Puente Cuello.
- Lobos Gras. 10-04-23: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/230410_FcLGL.pdf
- Kuri Curi.
- Cruz Juárez. 10-11-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Gil Herrera. 24-05-18: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Doctrina citada.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro (Licencia).

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04095806-6/1((010504-66458)) FC/VIDAL SERAFIN RAUL P/DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (66458) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104156506*

En Mendoza, a los once días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04095806-6/1 caratulada “F. C/ VIDAL, SERAFÍN RAÚL P/ DESBARATAMIENTO DE DERECHOS ACORDADOS (66.458) P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. JOSÉ V. VALERIO, segundo Dr. OMAR A. PALERMO y tercero Dr. MARIO D. ADARO.

A fs. 615/626 el representante del querellante particular Carlos Alberto Livingston y a fs. 627/635 vta. el del querellante particular Gonzalo Livingston plantean recurso de inconstitucionalidad y casación contra el auto pronunciado por la entonces Cuarta Cámara del Crimen que hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada por Serafín Raúl Vidal por el término de dos años, con imposición de reglas de conducta –fs. 603/605–. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Resolución recurrida

La Cuarta Cámara del Crimen hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitada en favor del imputado Serafín Raúl Vidal, por el plazo de dos años e imponiendo como reglas de conducta la residencia en un domicilio no modificable sin previo conocimiento y anuencia del Tribunal, el deber de informar trimestralmente a la Dirección de Promoción del Liberado su situación laboral, y la obligación de abonar a cada uno de los querellantes particulares la suma de 5.000 pesos –fs. 603/605–. Para así resolver, la mayoría del tribunal –compuesta por los jueces Carlos Manuel Díaz y María Alejandra Ratto- tomó en consideración que el imputado no registraba antecedentes computables ni suspensiones del juicio a prueba previas que importaran un obstáculo a la concesión de la suspensión, que el acusado había ofrecido reparar el daño en la medida de lo posible y que la penalidad en abstracto, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, permitían afirmar que en caso de recaer condena, ésta sería de ejecución condicional.

También señaló que la finalidad de este instituto consiste en establecer un sistema preventivo especial que permite posibilitar la reinserción social del imputado mediante la imposición de una serie de reglas de conducta; que en sede civil existían acciones tendientes a la reparación de los daños y perjuicios, conforme a las constancias de autos, y que el fiscal interviniente había prestado su consentimiento. En disidencia, el juez Gonzalo Guiñazú consideró que la petición de la defensa debía ser rechazada.

II.- Recursos formulados

Los querellantes particulares constituidos en autos impugnaron dicho pronunciamiento. a. Por una parte, Carlos Alberto Livingston, con el patrocinio letrado de Pablo Livio Cazabán, afirma en primer lugar que la omisión del art. 477 del CPP de facultar a la parte querellante a impugnar autos como el presente no supera el control de constitucionalidad, por cuanto impide del derecho al doble conforme y el acceso de

la víctima a una tutela judicial efectiva. Cita jurisprudencia de la Corte Federal y de esta Suprema Corte de Justicia que habilita la vía solicitada.

En segundo lugar, solicita que se efectúe un control de logicidad del fallo. Sostiene que la fundamentación respecto a la situación económica financiera del imputado para ofrecer una reparación mayor es insuficiente, pues se basa sólo en la voluntad del magistrado sin que existan pruebas o medidas previas tendientes a acreditar del modo cierto y serio las posibilidades económicas del acusado. También cuestiona la afirmación del juzgador según la cual la parte querellante pretende obtener una reparación integral y que puede alcanzarla con los procesos que existen en sede civil al respecto, pues esos procesos pretenden la restitución de los inmuebles y no una reparación íntegra.

Efectúa reserva del caso federal –fs. 615/626–. b. Por otra parte, Gonzalo Livingston, con el patrocinio letrado de Facundo Marquesini, formula recursos de inconstitucionalidad y casación. En primer lugar, plantea la inconstitucionalidad del art. 477 del CPP por no permitir el acceso a la tutela judicial efectiva a la víctima y al doble conforme, en violación a nuestra Constitución Nacional y a los tratados internacionales allí reconocidos. En segundo lugar, solicita la revisión de la lógica del fallo en crisis, mediante argumentos idénticos a los del recurso antes reseñado, a los que agrega que el acusado Vidal se hizo, a través de la maniobra delictiva que realizó, de una suma tal que si la hubiera invertido en un plazo fijo al momento de interponer el recurso ascendería a más de un millón seiscientos mil pesos. También cuestiona que no se haya hecho lugar a la petición de que se tasen los bienes objeto del delito a efectos de considerarlos en el mérito de la razonabilidad de la reparación del daño. El ofrecimiento realizado indica una total falta de arrepentimiento del acusado y una pretensión de sortear su responsabilidad penal y consolidar el provecho de su acto ilícito, todo lo cual es irrazonable y contrario al espíritu de la ley. Refiere que para esa parte es fundamental el dictado de una sentencia condenatoria en autos, dado que en los procesos seguidos en sede civil quedaría acreditada la maniobra defraudadora. A su entender, el auto cuestionado es arbitrario pues no ha respetado los derechos de la víctima y, por el contrario, ha colocado al imputado en una situación de privilegio. Por otro lado, el fallo no ha efectuado el control de razonabilidad que las reglas lógicas y jurídicas le imponen respecto del dictamen del Fiscal de Cámara, que parece dar por descontada la restitución del objeto del delito, que no ha tenido lugar. Efectúa reserva del caso federal –fs. 627/625 y vta.–.

III.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista que de los recursos se le confirió, el señor Procurador General afirma que los mismos proceden tanto formal como sustancialmente, por lo que corresponde anular el auto cuestionado y reenviar las actuaciones a origen a efectos de que se emita un nuevo pronunciamiento que tome en consideración el monto total del perjuicio sufrido por la víctima, determine la real situación económica del imputado permitiendo modificar el ofrecimiento, y otorgar una nueva vista al representante fiscal.

Para arribar a esta conclusión, afirma que los recursos de casación proceden formalmente, porque constituyen un medio impugnativo típico, deducido por una parte que representa un interés concreto, mediante un escrito que indica específicamente puntos de agravio y dentro del plazo legal para hacerlo. En relación con la limitación que el art. 477 del CPP establece respecto de la legitimidad subjetiva del querellante particular para recurrir decisiones como la que es objeto de tratamiento sostiene que debe declararse formalmente procedente la impugnación a pesar de la omisión del artículo citado, de conformidad con lo resuelto por este Tribunal con anterioridad en «Kuri Curi» (autos N° 96.891), en el que

se amplió la posibilidad de recurrir en casación para el querellante particular respecto de suspensiones del juicio a prueba concedidas.

En cuanto a los motivos por los que considera que el recurso procede en el fondo, afirma que: i) no parece razonable la aceptación de la reparación ofrecida por el imputado, aún teniendo en cuenta las dificultades económicas que refiere; ii) que el perjuicio sufrido por las víctimas sería mucho mayor al monto que ofrece el acusado; y iii) que la fundamentación de la decisión no es suficiente pues no contrastó el ofrecimiento con la situación económica real del imputado ni con el perjuicio causado. Sostiene que el ofrecimiento de reparación del daño, a partir de lo que este Tribunal afirmó en «Linares Borobio», tiene su razón de ser en la reflexión sobre el daño causado y la necesidad de un ofrecimiento serio que guarde relación con el delito, lo cual es compatible con los derechos de las víctimas consagrados en la normativa internacional. Otra interpretación, señala, sería contraria a la ley de fondo, tal como se sostuvo en el precedente «Vilchez Segura» de esta Suprema Corte.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que –en base a los motivos que se expondrán a continuación- corresponde rechazar sustancialmente las impugnaciones planteadas y, como consecuencia, confirmar la resolución pronunciada por la entonces Cuarta Cámara del Crimen en estos autos.

Conviene, a efectos de fundar adecuadamente esta decisión, efectuar en primer lugar un repaso de los antecedentes de la causa previos a la resolución del tribunal de instancia anterior en cuanto resultan relevantes para la solución del caso; en segundo lugar, analizar los planteos de inconstitucionalidad efectuados por las partes; y, por último, explicar por qué motivo los recursos de casación no pueden tener acogida favorable en esta instancia.

a. Antecedentes de la causa

A fs. 581 la defensa de Serafín Raúl Vidal solicitó la suspensión del juicio a prueba, ratificada posteriormente en audiencia por el imputado en la cual, además, ofreció una reparación del daño por cinco mil pesos.

Del planteo se corrió vista al Fiscal de la Cuarta Cámara del Crimen, quien consideró cumplidos los requisitos de procedibilidad exigidos por la normativa vigente. Entre las diversas consideraciones efectuadas meritó que el imputado había hecho abandono de los bienes que serían objeto de decomiso y había ofrecido una reparación del daño que aparecía razonable en vistas de su situación socio-económica –fs. 587 y vta.–. Los querellantes particulares Gonzalo Livingston y Silvia Martínez se opusieron a la concesión del beneficio. Sostuvieron que la petición del imputado no aclaraba si el ofrecimiento de reparación del daño implicaba la restitución de las fincas ubicadas en el distrito de Colonia Cañada Colorada del departamento de Malargüe, objeto del delito de desbaratamiento de derechos acordados que motivó este proceso.

Solicitaron que se fijara audiencia a efectos de que el imputado aclarase si su petición implicaba restitución, pues de lo contrario su concesión le permitiría afianzar el botín obtenido con su conducta delictiva.

Afirmaron que, en ese caso, la suspensión del juicio a prueba originalmente ideada para re-asimilar socialmente a quien ha delinquido, sería utilizada para consolidar el provecho de la conducta delictiva.

Solicitaron que se efectuara una pericia a efectos de determinar el valor actual de los terrenos, y luego se corriera nueva vista al Fiscal, quien no había fundado correctamente la vista pues había dado por descontado que los bienes serán restituidos a la víctima.

Agregaron que el ofrecimiento de reparación del daño tiene por objeto brindar una respuesta a la víctima, y que existían motivos para el avance de la causa, pues una sentencia condenatoria repondría la situación al estado anterior al delito—fs. 598/599 y vta.-.

El querellante particular Carlos Alberto Livingston también se opuso a la suspensión peticionada por la defensa. Alegó que de otorgarse el beneficio se estaría consolidando el despojo del que fuera víctima, pues en ningún momento los efectos del delito habían cesado, algo que el representante fiscal había pasado por alto.

Por otro lado, sostuvo que la reparación del daño ofrecida era absurda e ilógica, pues el valor de mercado de los inmuebles era de aproximadamente 8 millones de pesos, y el imputado podría acogerse al beneficio con el ofrecimiento de 5 mil pesos.

Por último, señaló que el caso presenta complejidades que no permiten que se agote la causa con una simple suspensión del juicio a prueba, pues tiene derivaciones que afectan a terceras personas que tomaron parte en el delito y aún no fueron investigadas —fs. 600/601—. En base a estos antecedentes, la entonces Cuarta Cámara del Crimen hizo lugar a la petición de la defensa.

b. Planteos de inconstitucionalidad del art. 477 del CPP

El orden en que los recurrentes formularon sus peticiones hace necesario un pronunciamiento preliminar sobre la constitucionalidad del art. 477 del CPP, por cuanto el tratamiento de los recursos de casación depende de su admisión. Adelanto que, conforme lo expondré a continuación, el planteo debe rechazarse. En primer lugar, considero pertinente efectuar algunas consideraciones en torno a la manera en la que, a mi entender, los jueces debemos llevar adelante el control de constitucionalidad de las normas.

Al respecto, se ha señalado en reiteradas ocasiones -siguiendo el criterio de la Corte Federal- que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las normas dictadas de forma consecuente con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia.

Es decir, la inconstitucionalidad procede únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Por una parte, esto requiere que la puesta en práctica de esta delicada facultad responda a un planteo que ofrezca la adecuada fundamentación que exige la jurisprudencia del Tribunal (**L.S. 285- 102; 330-223; 430-239; entre otros; Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424; 327:5863; 314:407; 328:2056**).

En otras palabras, el recurrente debe demostrar acabadamente «[...] de qué manera la disposición contraría la Constitución Nacional» (Fallos, **253:362; 257:127; 308:1631; entre otros, y de esta Suprema Corte de Justicia, «Puente Cuello», «Lobos Gras»,** entre otros).

Por otra parte, determina la forma misma en la que debe realizarse la tarea de control. La Corte Federal ha sido clara al señalar que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquella sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica (Fallos: 306:303 citado, voto de los jueces Fayt y Belluscio, considerando 19).

«La declaración de inconstitucionalidad es -según conocida doctrina de este Tribunal- una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la

repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable» (**Fallos: 247:121 y sus citas**).

Dicho esto, corresponde en segundo lugar analizar las circunstancias de este caso concreto. El planteo de los querellantes particulares, en ambos casos, cuestiona la constitucionalidad del art. 477 del CPP por no permitir el acceso a la tutela judicial efectiva a la víctima y al doble conforme, así como a derechos constitucionales invocados de manera genérica.

Ahora bien, analizadas según estos parámetros, las impugnaciones no logran formular una crítica razonada de la resolución que cuestiona ni exponen las motivaciones que configurarían un agravio en el caso concreto.

Los recurrentes se han limitado a enunciar las garantías que consideran vulneradas sin vincular los agravios que manifiestan con el perjuicio concreto que la decisión les causaría. Por empezar, se han apoyado en el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de las víctimas, pero no han explicado de qué manera una decisión respecto de la suerte del proceso penal afecta su derecho, máxime cuando ha quedado establecido en autos que las víctimas, además de haberse constituido en autos como querellantes particulares, han iniciado las acciones civiles correspondientes para garantizar la tutela de sus derechos.

A su vez, han tenido una amplia intervención en el caso penal que nos ocupa. En otras palabras, no se advierte la exigida violación al derecho a una tutela judicial efectiva de entidad tal que amerite la declaración de inconstitucionalidad del art. 477 del CPP.

Tampoco el análisis de la alegada vulneración de la garantía del doble conforme parece debidamente justificado. En efecto, en lugar de demostrar de qué manera la restricción contenida en el art. 477 del CPP implica una vulneración de sus derechos en el caso concreto, los recurrentes se han limitado a invocar una garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé para toda persona inculpada de un delito (art. 8.2.h) sin explicar por qué motivos debe concederse el derecho con la misma extensión al querellante particular.

Tampoco, en todo caso, se ha demostrado cómo la previsión del art. 477 del CPP vulneraría el compromiso de desarrollar posibilidades recursivas asumido en el art. 25.2.b de la Convención.

Ahora bien, toda vez que tanto los recurrentes como el Procurador General han invocado el **precedente «Kuri Curi»** de este Tribunal sobre la facultad de recurrir resoluciones de este carácter por parte del querellante particular, debo decir que la circunstancia de que la Corte haya declarado la inconstitucionalidad de la norma no obsta al rechazo del recurso extraordinario si, en el caso, la cuestión no fue planteada de manera fundada y no se verifica la contradicción en el caso concreto.

Ello en virtud de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan al juicio en que fue admitida, conforme lo ha sostenido con anterioridad la Corte Federal, intérprete última de la Constitución Nacional, en diversas ocasiones (**conf. Fallos: 247:700; 248:702; 255:262; 264:364; 315: 276; 322:528, entre otros**).

Así, ha señalado que «[el control de constitucionalidad] no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución Nacional» y que «deberá tenerse presente que de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron y no tienen efecto derogatorio genérico» (**conf. «Mill de Pereyra», fallos 324:3219**).

Dicho en términos claros, si bien la constitucionalidad del art. 477 del CPP puede ser discutida en tanto restringe las facultades recursivas del querellante particular en relación a los demás sujetos del proceso, el limitado fundamento de los planteos recursivos, así como las particulares circunstancias del presente caso, resultan insuficientes para proceder a la declaración de inconstitucionalidad reclamada.

En definitiva, considero que en el caso particular que nos ocupa los recurrentes no han logrado demostrar de qué manera se encontrarían vulneradas las garantías invocadas, requisito esencial para disparar el control de constitucionalidad de este Tribunal. Por ese motivo, corresponde rechazar los recursos de inconstitucionalidad formulados.

c. Consideraciones respecto de los recursos de casación planteados

El resultado del análisis de la cuestión constitucional formulada obsta la procedencia formal de los recursos de casación interpuestos, por falta de impugnabilidad subjetiva. Más allá de la cuestión formal antes señalada, y aun cuando ella hubiera sido sorteada, la impugnación tampoco procede sustancialmente. Los agravios sobre el fondo de la cuestión, esgrimidos por ambos recurrentes, constituyen una crítica de la concesión de la suspensión del juicio a prueba al acusado Serafín Vidal a partir de la tacha de arbitrariedad de la reparación del daño ofrecida.

En torno a este punto, cuestionan la razonabilidad del monto propuesto, el hecho de que el mismo importe en medida alguna una reparación, la forma en la que el tribunal tuvo por acreditada o no la situación patrimonial del imputado, la falta de consideración del monto del daño causado, entre otras cuestiones.

Sin embargo, las partes han omitido considerar que el requisito de que -al solicitar la suspensión del juicio a prueba- el imputado ofrezca en la medida de lo posible reparar el daño, está sujeto a la condición de que la víctima se hubiere constituido como actor civil.

En efecto, el párrafo segundo del art. 30 del CPP expresa que «Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente.

El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente». En el caso de en análisis, las víctimas se han constituido en querellantes particulares, mas no como actores civiles.

Esto excluye como requisito para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba la reparación del daño, sin perjuicio de que el acusado lo haya efectuado ni de que el tribunal lo haya tomado en consideración e impuesto como regla de conducta.

d. En base a los motivos expuestos, corresponde rechazar los recursos formulados por los querellantes particulares y confirmar la decisión de la entonces Cuarta Cámara del Crimen.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

ASÍ VOTO. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, anticipo que coincido con la opinión que lidera el acuerdo respecto a los cuestionamientos constitucionales relativos a las facultades recursivas del querellante particular.

Al respecto resulta oportuno hacer remisión, en lo pertinente, a los precedentes «Cruz Juárez» y «Gil Herrera» (CUIJ N° 13-03865220-0/1 y 13- 04114130-6/1 respectivamente) en los que he hecho alusión al carácter adhesivo del querellante particular previsto por nuestro sistema procesal, así como a sus

facultades para intervenir en los procesos penales y a su legitimación subjetiva para formular recursos de casación.

Así, en el caso en tratamiento, conforme ha sido señalado en el voto preopinante, no advierto arbitrariedad alguna en la decisión impugnada ni la constatación de los vicios propuestos por los recurrentes, por lo que adhiero a la solución propuesta. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de inconstitucionalidad y casación planteados por el querellante particular Carlos Alberto Livingston y por el querellante particular Gonzalo Livingston.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente las reservas del caso federal efectuadas.
- 4.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de septiembre de 2019.

18- CARRION. 11-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	FP	-	-	-	-	-	A	-		-	-	SJP	N	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcCarrion.pdf

Lex: Art. 183 en función del art. 184 inc. 1°, 76 bis, 7° párrafo del CP. Art. 30 del CPP. Art. 8 de la Ley 7493

Vox: Daño agravado. Suspensión de juicio a prueba. Carácter vinculante del consentimiento fiscal. Reparación del daño.

Summa:

La **Excma. Primera Cámara del Crimen** rechazó el pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado por la defensa de Juan Manuel Carrión Agüero.

Que el Tribunal entendió que el representante del Ministerio Público Fiscal prestó su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, que, aunque el imputado era funcionario público el hecho no había sido cometido estrictamente en ejercicio de sus funciones como agente penitenciario, que el delito y la penalidad en abstracto hacían posible la suspensión y que el imputado había realizado un ofrecimiento de reparación del daño, aceptado por el fiscal.

Sin embargo, rechazó el pedido por dos motivos. Primero, se señaló que, aunque era claro que la conducta enrostrada a Carrión Agüero no había sido cometida mientras se encontraba prestando servicios como funcionario penitenciario, su calidad de agente del Servicio Penitenciario generaba en aquél un estado penitenciario que le imponía, entre otros deberes, el de observar -en el servicio y fuera de él- una conducta decorosa, según lo dispuesto por los arts. 5 y 8 inc. e de la ley N° 7.493. En segundo lugar, en relación con el ofrecimiento de reparar el daño, afirmó que no resultaba suficiente si no era acompañado de un arrepentimiento sincero.

La **defensa** interpone recurso extraordinario de casación. Se agravia por la inobservancia de normas que el código procesal establece bajo pena de nulidad

El **Procurador General** sostiene que el recurso debe ser rechazado, en tanto en el auto en crisis se fundó debidamente el apartamiento de la posición fiscal.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación. Declara la nulidad de la resolución toda vez que los vicios de fundamentación en el caso son graves y equivalen a la ausencia de fundamentos. Respecto del dictamen fiscal en el ámbito de la suspensión del juicio a prueba, en anteriores pronunciamientos, la Corte ha sostenido que en aquellos casos en que el titular de la acción pública consiente la aplicación del instituto y considera cumplidos los presupuestos de legalidad, su opinión siempre resulta vinculante para el tribunal. Esto no implica que la jurisdicción deba automáticamente conceder la suspensión del juicio a prueba, sino que conserva su competencia para ejercer el control de legalidad respecto de los demás requisitos de procedencia. El a quo no ha advertido problemas en la fundamentación del mencionado dictamen. Sin embargo, ha discrepado con el criterio de política-criminal seguido por el fiscal.

Resolución cuestionada: auto pronunciada por la Primera Cámara del Crimen (actual TPC N° 1-1° CJ.)

Precedentes citados

a-SCJM

- Ahumada

- Garcia Arias
- Pérez Murcia
- Flores Gonzalez 10-04-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Lemos Guerrero 28-11-18 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- Estrella: 29-06-2017
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDI2NTg=&tabla=c2M=>
- Luna Amaya

c- CNCP

- Luongo Miguel
- Kosuta: 17-08-1999 <http://www.sajj.gob.ar/camara-nacional-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-kosuta-teresa-recurso-casacion-causa-1403-fa99261001-1999-08-17/123456789-100-1629-9ots-eupmocsollaf>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro (Licencia).

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04304736-6/1((020501-109575)) FC/ CARRION AGÜERO JUAN MANUEL P/ DAÑO AGRAVADO (109575) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104378552*

En Mendoza, a los once días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04304736-6/1 caratulada "F. C/ CARRION AGÜERO, JUAN MANUEL P/ DAÑO AGRAVADO (109575) S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. MARIO D. ADARO.

A fs. 137/142 la defensa de Juan Manuel Carrión Agüero formula recurso extraordinario de casación contra la resolución pronunciada por la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial que rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba efectuado en su favor.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Resolución recurrida

La decisión objeto de impugnación denegó la ampliación de la suspensión del juicio a prueba concedida previamente a Juan Manuel Carrión Agüero en los autos N° 21.087/385/15/1F, al delito por el que se lo acusa en presentes autos, petición basada en la circunstancia de que los hechos ocurrieron el mismo día y con escasa diferencia horaria. Para así resolver el Tribunal meritó el hecho, su vínculo con la causa conexas cuya suspensión del juicio a prueba se pretendía ampliar, el dictamen fiscal, la naturaleza de la acción, el ofrecimiento de reparación del daño, el delito imputado, el carácter de funcionario público del acusado y la pena en expectativa. En primer lugar dejó establecido que -a su entender- si se hubiera dado cumplimiento a las previsiones procesales contenidas en el CPP aplicable -ley 1.908- ambas causas deberían haber tramitado en forma conjunta. Respecto del dictamen fiscal sostuvo que, aunque el representante del Ministerio Público Fiscal hubiera prestado su consentimiento para la suspensión, la facultad de decidir sobre su procedencia es una función propia del órgano jurisdiccional. Sostiene que solamente el dictamen negativo del fiscal es vinculante para el Tribunal y limita la decisión del juez debido a la titularidad sobre la acción penal que encabeza el Ministerio Público Fiscal. Manifestó su desacuerdo con la posición sostenida por el Fiscal de Cámara, a la que cuestionó por no haber considerado que el imputado peticionante es funcionario penitenciario, según consta en autos.

Aunque el hecho no fue cometido mientras cumplía funciones vinculadas a su cargo, considera que el imputado se encuentra en un permanente estado penitenciario, lo que implica el deber de observar, dentro y fuera del servicio, una conducta decorosa según lo dispone el art. 8 de la Ley 7.493.

Respecto de la calificación legal del delito atribuido -daño agravado, art. 183 en función del art. 184 inc. 1° del CP-, señaló que la pena prevista en abstracto no impide la suspensión del juicio a prueba, pero que más allá del cumplimiento básico de las condiciones legales, no podía caerse en automatismos y premiar con ventajas legales a quien no cumple con la ley ni las obligaciones que le son propias a su condición de estado funcional, y que -en mayor medida que un ciudadano común- debería no sólo dar pleno cumplimiento a los deberes legales, sino también garantizarlos.

En cuanto al ofrecimiento de reparación del daño efectuado por el imputado y aceptado por la fiscalía, sostuvo que el cuadro le parecía disvalioso y que la reparación del daño debía ser acompañada de un serio arrepentimiento por la acción ilícita cometida. Estableció que, en su opinión, el mero cumplimiento de los requisitos formales no es suficiente para acceder en forma directa a un determinado beneficio previsto por la ley y que resolver en ese sentido, con las mínimas cargas legales, está lejos de un verdadero y responsable sentido de administración de justicia. Agregó, por último, que si bien era cierto que el hecho dañoso atribuido a Carrión no fue cometido en el ejercicio de su función penitenciaria, no debía perderse de vista que para el completo y efectivo desarrollo de ella el imputado ha sido dotado por el Estado de un arma de fuego, circunstancia que debería quedar bajo observación de los organismos administrativos que conforman el Servicio Penitenciario Provincial a los efectos de evaluar su aptitud física y psicológica para portar armas.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial que representa a Carrión Agüero se agravia por la inobservancia de normas que el código procesal establece bajo pena de nulidad. Manifiesta coincidencia con el a quo respecto de que ambas causas deberían haber tramitado en forma conjunta, y con el Fiscal de Cámara en relación al contenido de su dictamen.

Sin embargo, considera que en un proceso acusatorio pleno, como el vigente en la provincia, el juez no puede apartarse del acuerdo entre la defensa y la fiscalía. Cuestiona la posición del a quo según la cual el dictamen fiscal solamente sería vinculante cuando se niega a prestar su consentimiento para la suspensión, y señala que la jurisprudencia citada en apoyo de esa tesis no fue pronunciada para casos de dictamen favorable. A su entender el dictamen es vinculante solamente cuando es favorable a la suspensión. Cita el art. 76 bis, párr. 7, del CP por cuanto veda la suspensión del juicio a prueba cuando el delito fue cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y aclara que –en este caso y tal como lo reconoció el juez– el imputado no se encontraba en ejercicio de funciones públicas. La afirmación según la cual existe un estado permanente de funcionario público, a su entender, es excesiva e irrazonable, y a su vez implica una interpretación extensiva de la ley penal, apoyada en una norma extrapenal como lo es la que rige el servicio penitenciario. Agrega que el fundamento de la exclusión presupone que el delito por el que se acusa al imputado requiera la calidad de funcionario público en el sujeto activo, lo que en el caso no ocurre.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General sostiene que el recurso debe ser rechazado, en tanto el auto en crisis fundó debidamente su apartamiento de la posición fiscal. Cita el precedente «Luongo, Miguel» de la Cámara Nacional de Casación Penal respecto de la falta de carácter vinculante del dictamen fiscal favorable. Coincide con el a quo respecto de la aplicación de la Ley de Servicio Penitenciario, el análisis de la naturaleza de la acción, la extensión del daño y su análisis posterior.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, corresponde adelantar que –por los motivos que a continuación serán expuestos– debe a mi entender hacerse lugar al recurso planteado por la defensa.

a.- Resulta pertinente señalar, de manera preliminar, que el hecho atribuido en estos autos a Juan Manuel Carrión Agüero es el siguiente: «[e]n el Distrito de Las Paredes de San Rafael, Provincia de Mendoza, el día 09 de mayo del año 2015, aproximadamente a las 22.25, en sede de la Comisaría 60° -ubicada en Ruta

Nacional N°143-, JUAN MANUEL CARRIÓN AGÜERO daño con su brazo derecho el vidrio de la ventana norte de la sala de guardia en venganza de las determinaciones de la autoridad. [...] tras haber sido trasladado a la sede de la Comisaría por un conflicto familiar manifestó: “yo no firmo nada dejenme ir, si vos no haces nada con el milico que me pegó voy a hacerlo yo, me voy a lesionar acá rompo el vidrio y los denuncio, y van a ver donde van a parar, me corto el brazo y los denuncio”, ocasionando a posterior la fractura de la lámina vítrea» (conf. requerimiento de citación a juicio, fs. 99/100). Dicho esto, resulta oportuno destacar algunos puntos de la resolución impugnada relevantes para arribar a la solución.

Del análisis de los fundamentos pronunciados por el a quo, antes reseñados, surge que el magistrado verificó que en autos se cumplían todos los requisitos jurídicos de procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

En este sentido, señaló que la presente causa debería haber tramitado en forma conjunta con la seguida en autos N° 21.087/385-15-F si se hubiera aplicado correctamente la normativa procesal vigente -en el caso, los arts. 37 inc. 3° y 38 inc. 1° del CPP según ley 1.908-.

Dado que la petición en tratamiento debió haberse resuelto en un trámite concentrado con aquella, reconoció la posibilidad jurídica de ampliar la suspensión del juicio a prueba allí otorgada con la solicitada en este proceso.

Asimismo, corroboró que el representante del Ministerio Público Fiscal prestó su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, que aunque el imputado era funcionario público el hecho no había sido cometido estrictamente en ejercicio de sus funciones como agente penitenciario, que el delito y la penalidad en abstracto hacían posible la suspensión y que el imputado había realizado un ofrecimiento de reparación del daño, aceptado por el fiscal.

Sin embargo, y pese a que el a quo corroboró todos estos extremos legales necesarios para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, ésta fue denegada. Para fundar esta decisión, sostuvo que la facultad de conceder o no la petición corresponde al órgano jurisdiccional, que solamente se ve limitado cuando el agente fiscal se opone a la concesión.

Cuando el representante de la acción pública presta -como en este caso- su consentimiento para ello, el juez no se ve obligado a concederla. Citó en su apoyo el texto del art. 30 del CPP, que sostiene que «[e]l Tribunal podrá suspender la realización del juicio o la continuación del procedimiento», con lo cual reconoció una facultad jurisdiccional; y tomó posición respecto de que solamente el dictamen negativo del fiscal es vinculante, conforme al voto mayoritario de la Cámara Nacional de Casación Penal manifestado en el **plenario «Kosuta»**.

Una vez explicada esta facultad jurisdiccional, interpretó extensivamente el impedimento de la suspensión en casos en que el delito fuera cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, y el requisito de ofrecimiento de reparación del daño.

Respecto a lo primero, se señaló que aunque era claro que la conducta enrostrada a Carrión Agüero no había sido cometida mientras se encontraba prestando servicios como funcionario penitenciario, su calidad de agente del Servicio Penitenciario generaba en él un estado penitenciario que le imponía, entre otros deberes, el de observar -en el servicio y fuera de él- una conducta decorosa, según lo dispuesto por los arts. 5 y 8 inc. e de la ley N° 7.493.

En relación con el ofrecimiento de reparar el daño, afirmó que no resultaba suficiente si no era acompañado de un arrepentimiento sincero.

Esta reinterpretación de los requisitos de legalidad respondió a la consideración expresa de que el cuadro formado por el hecho y el principio de oportunidad solicitado aparecía como disvalioso: «[a]sí las cosas, y

a simple vista pareciera que la solución sería fácil, “...se provocan daños (rotura de un vidrio) ...se paga el vidrio después... se otorga la suspensión de juicio a prueba por breve tiempo, con mínimas exigencias y luego se obtiene la extinción de la acción penal”.-

En realidad, ése “cuadro” me resulta disvalioso. Aún en el caso de particulares y de bienes estrictamente privados hay que ser cuidadoso en la salida con la obtención de un beneficio legal a cambio de la reparación de un daño material; hay que tener bien en cuenta la naturaleza del hecho -primariamente calificado como ilícito-, hay que evaluar comportamientos posteriores, y tratar de verificar también que la reparación material vaya acompañada de un serio arrepentimiento por la acción ilícita» (resolución, fs. 133).

b.- Ahora bien, respecto del dictamen fiscal en el ámbito de la suspensión del juicio a prueba, en anteriores pronunciamientos he sostenido que en aquellos casos en que el titular de la acción pública consiente la aplicación del instituto y considera cumplidos los presupuestos de legalidad, su opinión siempre resulta vinculante para el tribunal -conf. «**Ahumada, Jorge**», CUIJ N°13-03900473-3/1; «**García Arias**», CUIJ N° 13-03904964-8/1; «**Pérez Murcia**», CUIJ N° 13-03888353-9/1, entre otros-.

Esta conclusión se deriva de la aceptación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, de conformidad con los argumentos y conclusiones de la Corte Federal expresadas en los casos «**Tarifeño**», «**Mostaccio**», «**Cáseres Martín**», entre otros.

La titularidad del Ministerio Público Fiscal sobre la acción penal pública fundamenta que sea el encargado de analizar la conveniencia político-criminal del ejercicio de la acción en cada caso. Dicho esto, debe precisarse el rol del órgano jurisdiccional en el tratamiento de principios de oportunidad.

El carácter acusatorio y adversarial de nuestro sistema procesal determina que, para considerar cumplidas las exigencias mínimas del debido proceso, deban respetarse algunas reglas.

La primera de ellas es la imparcialidad del juzgador, que tal como fue señalado por este Tribunal con anterioridad «La imparcialidad, como principio del derecho procesal, determina que el tercero que actúa en calidad de autoridad para sentenciar el litigio, debe ostentar claramente ese carácter; para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)» (conf. «**Flores González**», CUIJ N° 13- 04382197-5/1).

Esto no implica que la jurisdicción deba automáticamente conceder la suspensión del juicio a prueba, sino que conserva -en primer lugar- su competencia para ejercer el control de legalidad respecto de los demás requisitos de procedencia.

Vale decir, si el fiscal presta su consentimiento de manera fundada el juez se encuentra obligado a considerar cumplida la exigencia de conformidad fiscal, aunque sus funciones jurisdiccionales implican que persista el control sobre los demás requisitos contenidos en el art. 30 del CPP.

En segundo lugar, existe una facultad de control jurisdiccional residual, pues debe verificarse que sus fundamentos no contradigan principios constitucionales o derechos fundamentales, y que el razonamiento contenido en el dictamen no sea manifiestamente arbitrario o irrazonable.

En el caso que nos ocupa el Fiscal de Cámara tomó en consideración el delito en virtud del cual se acusa públicamente al imputado, la expectativa de pena y la posibilidad de su ejecución condicional, los antecedentes del acusado, la circunstancia de que en la otra causa iniciada en su contra por un hecho de la misma fecha se le había concedido la suspensión del juicio a prueba y el ofrecimiento de reparación del daño efectuado.

En base a ello, prestó su consentimiento para la suspensión del juicio a prueba. El a quo no ha advertido problemas en la fundamentación del mencionado dictamen. Sin embargo, ha discrepado con el criterio de política-criminal seguido por el fiscal.

Es decir, no ha puesto en duda que en el caso se hayan cumplido los requisitos legales de procedencia del instituto -que expresamente ha considerado cumplidos-, sino que ha cuestionado la oportunidad, mérito o conveniencia de la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

Como se señaló, respecto de esos criterios de política criminal el juez solamente conserva una facultad de control de razonabilidad y legalidad, de modo tal que no contradigan derechos fundamentales de la persona, mas no se encuentra habilitado para imponer su particular política criminal. Lo dicho revela la existencia de problemas en la fundamentación de la decisión del a quo, pues el análisis llevado a cabo ha excedido el límite de su competencia, a la vez que ha omitido realizar el debido control de legalidad y razonabilidad.

En base a los motivos expuestos, y toda vez que los vicios de fundamentación en el caso son graves y equivalen a la ausencia de fundamentos, corresponde declarar la nulidad de la resolución obrante a fs. 127/133 a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala respecto de la falta de fundamentación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), y remitir los autos a origen a efectos de que el subrogante legal emita un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Ampliatorio

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SUS FUNDAMENTOS, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme el criterio que sustento y que he señalado en otras oportunidades, la regla es la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, en tanto implica su promoción y ejercicio obligatorio, y la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «**Lemos Guerrero**», CUIJ N° 13-04024478-0/1; «**Estrella**», CUIJ N° 13-03899192-7/1; «**Luna Amaya**», CUIJ N° 13-04159055-0/1; entre otros).

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, otorga el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado -suspensión de juicio a prueba-, y ejerce la acción penal según la obligación legal que le es impuesta, posición que debe estar fundada en el texto de la ley.

En el caso que nos ocupa, el argumento utilizado por el a quo para incluir a Carrión Agüero dentro de la prohibición de suspender el juicio a prueba respecto de funcionarios públicos -a pesar de contar con dictamen favorable del representante de la acción pública- implica una interpretación analógica in malam partem.

La regla procesal es clara en cuanto a que «[n]o procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o partícipe en cualquier grado, respecto al delito investigado» (art. 30, 4° párr., última parte del CPP).

No caben dudas de que el imputado no se encontraba en ejercicio de sus funciones cuando ocurrió el hecho y que estrictamente no se encuentra incluido en la norma citada.

La expansión de la condición de aplicación de la regla mediante la invocación de un status de funcionario público permanente fue apoyada en un supuesto error en el criterio legal, lo cual importa un razonamiento contrario a las reglas interpretativas que rigen la materia penal.

Lo mismo puede decirse respecto del requisito de reparación del daño.

A pesar de que el imputado ofreció reparar la ventana que había dañado, y que el fiscal lo consideró suficiente, el a quo estimó necesario -además- un «serio arrepentimiento por la acción ilícita», no contenido en la previsión legal y contrario al principio de legalidad.

En definitiva, los argumentos empleados por el juez para rechazar el pedido defensivo implican una errónea aplicación de la ley procesal.

En base a los motivos expuestos, y tal como fue señalado en el voto preopinante, corresponde declarar la nulidad de la resolución obrante a fs. 127/133 a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala respecto de la falta de fundamentación (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), y remitir los autos a origen a efectos de que el subrogante legal emita un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación planteado por la defensa de Juan Manuel Carrión Agüero y remitir los presentes obrados al Tribunal Penal correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Juan Manuel Carrión Agüero y, en consecuencia, anular la resolución pronunciada por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, debiendo remitir los presentes obrados al Tribunal Penal correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia del que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 11 de septiembre de 2019.

19- GOMEZ. 17-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190917_FcGomez.pdf

Lex: Art. 172 del CP, 455 del CPP

Vox: Estafa. Recurso de Casación. Falta de fundamentación. Valoración de la prueba.

Summa:

El **TPC 1 – 2° CJ** rechazó el recurso de apelación presentado por la querrela particular contra la sentencia de sobreseimiento dictada por el Juzgado Penal Colegiado N°1 de dicha circunscripción.

La **querrela particular** interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el TPC y sus fundamentos en tanto rechazó el recurso de apelación contra la sentencia de sobreseimiento en tanto entiende que contiene vicios in procedendo. Resume los hechos de estafa que habría cometido el acusado y señala que, a efectos de evaluar la capacidad probatoria de las actuaciones incorporadas, se ha omitido valorar prueba documental, pericial y testimonial decisiva, lo que demuestra que el sobreseimiento y su confirmación han sido arbitrarios.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. Entiende que el tribunal de mérito valoró la totalidad de la prueba recolectada y que no existe probabilidad de agregar otros elementos probatorios.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación. La parte querellante no ha explicado suficientemente de qué modo el tribunal a quo ha fallado arbitrariamente. Toda la presentación recursiva es una transcripción de los alegatos vertidos por la parte querellante en la audiencia oral de apelación, circunstancia que demuestra que el recurso presentado es una simple reedición de argumentos tratados en la instancia anterior y adecuadamente rechazados. Nunca señaló de modo concreto en dónde residía la omisión probatoria o la arbitraria interpretación por la que llegó a la instancia de apelación.

Resolución cuestionada: Resolución que rechaza recurso de apelación contra sentencia de sobreseimiento., pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Morales Sepúlveda. 19-06-18:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio (Licencia).

(F.D.)

Fallo:

CUIJ: 13-04726120-6/1((028601-109805)) FC/ GOMEZ CLAUDIO ARIEL P/ ESTAFA GENERICA (109805) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104802786*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04726120-6/1 caratulada "F. C/GÓMEZ CLAUDIO ARIEL P/ESTAFA P/RECURSO DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, el DR. MARIO D. ADARO, segundo el DR. OMAR A. PALERMO y tercero, el DR. JOSÉ V. VALERIO.

La querella particular interpone recurso de casación (fs. 620/631) contra la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos (fs. 615/617 y fs. 618), en tanto rechazó el recurso de apelación presentado por aquella contra la sentencia de sobreseimiento dictada por el Juzgado Penal Colegiado N°1 de dicha circunscripción.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

El Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial sostuvo que, si bien la parte querellante había cumplido con la manda prevista en el art. 455 del CPP -que impone a los recurrentes una específica indicación de los puntos de agravio en la decisión impugnada-, lo cierto era que los alegatos recursivos brindados en la audiencia de apelación no se apoyaron en la prueba ingresada a la causa.

En este sentido, el tribunal identificó los dos aspectos principales bajo los que se ubicaban los agravios de la querella y explicó que el primero de ellos -que reprochaba «la omisión de valoración de prueba documental, pericial y testimonial decisiva, y la consecuente arbitrariedad de la decisión»- careció de todo tratamiento y no fue fundado en el alegato oral.

Asimismo, respecto del segundo agravio, que indicaba «una interpretación errónea y arbitraria de una pericia contable presentada por la misma parte recurrente y de los testimonios de Yori, Ruiz y Contreras», el tribunal a quo sostuvo que no fue concretado de manera específica, sino con críticas genéricas que impedían conocer cuál era el material probatorio que fundaba su planteo y cuál la valoración que pretendía el recurrente.

Respecto de la llamada «pericia contable», el tribunal indicó que se trataba, en realidad, de un informe contable que sí había sido valorado y que el recurrente no explicó por qué fue evaluado de modo incorrecto.

Al respecto de los testimonios, también expresó el tribunal a quo que el querellante no profundizó qué información relevante surgía de estos elementos y por qué habían sido mal valorados. Con todo lo dicho, el a quo concluyó que la exposición del recurrente en la audiencia de apelación sólo consiguió explicar con claridad cuál era su teoría del caso, pero sin referencia a la prueba recolectada.

De este modo, afirmó que el estado de las actuaciones sólo indicaba un caso de presunta infidelidad o deslealtad del empleado, lo que implicaba un supuesto de incumplimiento contractual que no resultaba configurador del delito de estafa, pero que sí podía ser reclamado por otras vías (ver fs. 615/617).

II.- El recurso de casación del querellante particular

La parte recurrente impugna la resolución antes individualizada por considerar que contiene vicios in procedendo (art. 474 inc. 2 del CPP).

De modo preliminar, resume los hechos de estafa que habría cometido el acusado y señala que, a efectos de evaluar la capacidad probatoria de las actuaciones incorporadas, se ha omitido valorar prueba documental, pericial y testimonial decisiva, lo que demuestra que el sobreseimiento y su confirmación han sido arbitrarios.

Indica que las presentes actuaciones se originaron con la denuncia presentada en representación de la firma Santa Josefina S.R.L. y detalla lo relatado en dicha oportunidad.

Así, explica que «el apoderado de la firma [...] fue advertido de que el Sr. Gómez estaría realizando maniobras con la venta de planes de ahorro y vehículos en detrimento de la Empresa y de los eventuales clientes [...]. Entre los hechos que la Empresa “AMSAT” ha podido verificar se encuentran los siguientes:

1- El Sr. Ariel Contreras entregó a Claudio Ariel Gómez una Meriva gris usada. Ese vehículo nunca ingresó a la firma. Tampoco su valor. Gómez se lo pasó a la firma revendedora de autos usados, “SAMZO”, por aproximadamente \$84.000 u \$86.000; al cliente le dijo que alcanzaba para la adjudicación, cambio de modelo y partes de patentes (total \$66.000 aproximado).

La diferencia nunca se rindió en AMSAT, es decir, que Gómez se quedó con aproximadamente \$20.000, que no rindió.

2.- Otro caso es el del Sr. Marcos Damián Bermúdez [...], el cual entregó \$24.000 en cantidad de cuotas adelantadas, las cuales aplicaron a planes de ahorro. Además entregó a Ariel Gómez \$75.000 para adjudicar y hacer adelanto de cuotas y \$16.000 para patentamiento de un [vehículo] Sonic en septiembre de 2.014. Gómez no le hizo entrega de recibo alguno; hoy tiene un plan de 36 cuotas de las cuales 18 han sido adelantadas y 19 pagadas normalmente, todas suman un importe abonado por \$ 89.372,96.

El plan debería tener acreditado \$105.000 aproximadamente entre cuotas pagas y adelantadas, que saldría de sumar los \$75.000 más las cuotas que abonó desde agosto de 2014 (10 cuotas). Gómez le ofreció la plata en mano que faltaba y cuando se enteró que la empresa se haría cargo, se negó a devolverle el dinero».

En lo que respecta a la resolución recurrida, el querellante sostiene que el tribunal a quo no consideró que, en los alegatos de apelación, esa parte sí había expresado con claridad que el sobreseimiento de Claudio Gómez se dictó sin valorar prueba decisiva.

En este sentido, repasa un informe contable aportado por la denunciante y las declaraciones de los testigos Contreras y Yori, y afirma que estos elementos prueban las maniobras defraudatorias acusadas y el perjuicio patrimonial causado a su asistida.

Realiza un repaso preciso sobre la primera hipótesis de estafa, en la que se habría visto involucrado el testigo Contreras como cliente de la empresa AMSAT, y afirma que el tribunal de mérito ha ignorado que el perjuicio patrimonial lo ha sufrido la firma, y no el cliente.

Asimismo, analiza en detalle la hipótesis de estafa en el que se vio involucrado el cliente Bermúdez e indica que el juzgado que sobreseyó al acusado no tuvo en cuenta que el perjuicio patrimonial lo sufrió la empresa.

Como conclusión, entiende que el procesamiento es un juicio de probabilidad que no requiere certeza y que, en este marco, existen elementos de prueba para procesar al acusado.

III.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General, tras evaluar la procedencia formal del recurso incoado por la defensa del encartado, advierte que debe ser rechazado sustancialmente.

Entiende que el tribunal de mérito valoró la totalidad de la prueba recolectada y que no existe probabilidad de agregar otros elementos probatorios.

En este sentido, indica que la hipótesis de los denunciados carece de documentación respaldatoria suficiente atento la informalidad con la que fueron elaborados sus registros contables y entiende que esta circunstancia haría imposible una pericia contable como pretende el recurrente.

Repasa los argumentos del tribunal en cada uno de los casos dirimidos en la causa y explica que el querellante, lejos de demostrar vicios concretos en la resolución que rechazó el recurso de apelación y confirmó el sobreseimiento de los acusados, sólo se muestra descontento con la valoración que el a quo hizo de las pruebas y reitera argumentos rechazados con anterioridad.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Puestos en consideración los diversos motivos de agravio invocados por el recurrente, adelanto mi posición en el sentido que no corresponde hacer lugar a la presentación recursiva y, en consecuencia, debe confirmarse la resolución cuestionada.

Ello, toda vez que la parte querellante no ha explicado suficientemente de qué modo el tribunal a quo, encargado de resolver el recurso de apelación presentado contra el sobreseimiento del acusado, ha fallado arbitrariamente.

Al respecto, no puede dejar de señalarse que toda la presentación recursiva es una transcripción de los alegatos vertidos por la parte querellante en la audiencia oral de apelación, circunstancia que demuestra que el recurso presentado es una simple reedición de argumentos tratados en la instancia anterior y adecuadamente rechazados. En este sentido, debe decirse que los argumentos del tribunal en función de apelación han sido contruidos sobre premisas correctas.

En efecto, a fin de cumplir con el rol que le otorga el código de forma, el Tribunal Penal Colegiado N°1 de la Segunda Circunscripción Judicial identificó los puntos que circunscribían su competencia de conformidad con el art. 455 del CPP y se explicó por qué la presentación del querellante no podía ser recibida en aquella oportunidad. Así, sostuvo que todo el alegato de la parte recurrente consistió en afirmaciones genéricas sobre su teoría del caso, carentes de sustento probatorio. En este sentido, dijo que «no se indicó qué prueba concreta no había sido valorada por el a quo -qué documento no fue tenido en cuenta, qué pericia no se analizó, qué testimonio no fue ponderado-, ni tampoco cuál habría sido la manera adecuada -a su criterio- de valorarlos y el carácter dirimente de ese elemento de juicio omitido» (ver fs. 615 vta.).

Luego, explicó por qué los puntos de agravio que abrieron la instancia de apelación no podían ser recibidos y por qué la presentación del apelante no se autoabastecía. En este sentido, indicó que «no [se encuentra] ninguna mención específica fundada en elementos de juicio de cuál es la interpretación errónea y arbitraria presente en el sobreseimiento [...] que cuestiona. Sólo hay una afirmación, vinculada a que el Juez de grado desestima el tipo penal de estafa basándose en que Contreras y Bermúdez no resultaron

perjudicados patrimonialmente, cuando a su entender estamos ante un caso de estafa triangular y la perjudicada resulta ser su representada [...].

Más allá de que hay ciertos pasajes en su exposición que hablan de eso, no lo concreta de manera específica, sino que lo hace con críticas genéricas, que me impiden conocer en concreto cuál es el material probatorio que funda su planteo, que es lo que en definitiva se cuestiona, y cuál es la versión que postula para lo que llama pericia contable» (ver fs. 616). Según se entiende aquí, estas aseveraciones del tribunal son acertadas. En efecto, la compulsas del soporte audiovisual acompañado a la causa demuestra, con palmaria claridad, que la parte querellante se limitó a señalar su descontento con el grado de convicción alcanzado por el juez que resolvió el sobreseimiento del acusado, y que nunca señaló de modo concreto en dónde residía la omisión probatoria o la arbitraria interpretación por la que llegó a la instancia de apelación (ver soporte audiovisual de la audiencia celebrada el día 27/12/2018, minutos 4:06 a 46:10).

En este sentido, ha dicho esta Corte que al momento de recurrir una sentencia, no basta con una mera mención del vicio que se alega, sino que «[...] es requisito que el [...] vicio esté fundado en forma completa en cuanto a la explicación de la decisividad del agravio, para permitir la labor que debe realizar el Tribunal Superior. De otro modo, el Tribunal de Casación actuaría de oficio violando el sistema acusatorio, cosa que no tiene permitido hacer» (ver «**Morales Sepúlveda**», sentencia leída el 19 de junio de 2018).

Por ello, y atento a que las mismas consideraciones que alegara en ese momento el querellante han sido transcritas en su recurso de casación sin ninguna otra precisión, entiendo que el recurso de casación presentado debe ser rechazado en esta instancia y, en consecuencia, debe confirmarse la resolución proveniente del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, no corresponde pronunciarse sobre la segunda cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente esta Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE:

- 1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la querrela y confirmar el rechazo del recurso de apelación resuelto por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial y sus fundamentos.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 17 de septiembre de 2019.-

20- LOPEZ. 10-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	-	-	-	-	A	-	-	-	-	-	N	475

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191010_FcLopez.pdf

Lex: Art. 172 del CP

Vox: Estafa. Desestima formalmente la casación.

Summa:

El **TPC** declara inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la Defensa Técnica.

La **defensa** interpone recurso de casación por vicios in procedendo e inconstitucionalidad porque considera que se ha violado el derecho a la doble instancia, consagrado constitucionalmente.

El **Procurador General** entiende que no puede expedirse respecto a los recursos de casación e inconstitucionalidad.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Rechaza nulidad y dispone elevación de la causa a juicio, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Vidal, Serafin 11-09-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190911_FcVidal.pdf
- Syrotchuk 21-10-14: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>
- Robledo Terrera 25-05-18:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/consultar.php>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro. (Licencia).

(A.P.)

Fallo:

foja: 40 CUIJ: 13-04626080-9/1((038501-179835)) F.C/ LOPEZ ROBERTO Y OTS.P/ ESTAFA PROCESAL P/ REC.EXT.DE INSCONSTITCASACIÓN *104709308*

En Mendoza, a los diez días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04626080- 9/1 caratulada "F. C/ LÓPEZ, ROBERTO Y OTS. P/ ESTAFA PROCEAL S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de Antonino Di Pascuale interpone recurso de casación contra la resolución obrante a fs. 1302/1303 vta., mediante la que declaró inadmisibile el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fs. 1182/1195, en tanto rechazó las nulidades deducidas a favor del imputado, no hizo lugar a la oposición al requerimiento fiscal y dispuso la elevación de la causa a juicio; pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° 179.835.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por entender que «el trámite de la ocurrencia no es apelable en el ordenamiento procesal vigente. Que es[e] aserto se basa en lo establecido en el art. 466 del C.P.P. en función con el art. 347 del ordenamiento procesal vigente, los que no prevén que el auto del Juez de Garantías es apelable [...]

Ahora bien, el art. 466 del C.P.P. expresa que no obstante este principio, se puede apelar cualquier resolución que cause un gravamen irreparable, y en el presente caso, no se advierte cual podría ser el agravio de imposible reparación ulterior. La defensa no lo menciona, y de la situación fáctica analizada tampoco surge ya que los imputados no se encuentran detenidos en esta causa [...]. En suma, al no surgir agravio concreto, ni ser latente al momento de analizar la causa, se advierte que acceder a lo solicitado sería abrir una instancia que el legislador provincial ha vedado [...]

Finalmente, se rechaza formalmente el pedido de NULIDAD [...] ya que no se advierte el perjuicio concreto que la falta de notificación personal de la elevación a juicio le ha producido, menos aún cuando de la compulsas de las actuaciones surge que su abogado defensor intervino en la oposición a dicho auto y formuló todos los planteos defensivos».

2.- El recurso de casación e inconstitucionalidad de la defensa de Antonino Di Pascuale

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 2° del CPP por considerar que existen vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Expresa que interpone la vía impugnativa sometida a tratamiento porque no existe otro remedio procesal contra la resolución que deniega el recurso de apelación y nulidad.

Considera que mediante la resolución impugnada se ha violado el derecho a la doble instancia, consagrado constitucionalmente y en numerosos tratados internacionales, y el debido proceso. En ese orden,

entiende que el tribunal a quo intenta hacer prevalecer su propio criterio procesal sobre el debido proceso, interpretando erróneamente una norma procesal nueva (ley 8896), en forma incongruente, con la que se encontraba vigente al momento del planteo.

Sostiene que los fundamentos de la resolución atacada son contrarios a la doctrina y jurisprudencia sentada por esta Sala Segunda en el precedente **«Vidal»**, en cuanto concede al imputado todos los remedios procesales para poder ejercer una defensa integral, completa y justa.

Aclara que esa defensa, en oportunidad de plantear la apelación contra el auto de elevación a juicio y el rechazo de nulidad, hizo hincapié en la aplicación de la ley 1908 que es la que se encontraba vigente al momento de iniciarse el presente proceso. Señala que el tribunal fue retardando las resoluciones, a pesar que los planteos fueron presentados en tiempo y forma, afectando el derecho del imputado a ser juzgado por la ley más benigna.

El recurrente sostiene que la resolución cuestionada provoca un gravamen irreparable, ya que esa parte, de haberse producido la totalidad de la prueba admitida por el tribunal, podría haber hecho un análisis completo de ella a los fines de solicitar el sobreseimiento de su defendido.

En relación a la inconstitucionalidad deducida, sostiene que el art. 20 de la ley 8896 vulnera el derecho a la doble instancia de raigambre constitucional y convencional (art. 18 CN y 8.2 h de la CADH).

En virtud de ello, solicita se declare la inconstitucionalidad solicitada, se case la resolución impugnada y, en consecuencia, se admita el recurso de apelación y nulidad oportunamente interpuesto.

Finalmente, expresa su voluntad de informar oralmente los agravios formulados.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que no puede expedirse sobre los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos, toda vez que el tratamiento de los mismos en esta instancia deriva de la admisión de la queja contra la resolución que declaró inadmisibles un recurso de apelación, lo que constituye un objeto distinto al pretendido por el recurrente mediante la vía impugnativa señalada en primer término.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar formalmente los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por la defensa técnica de Antonino Di Pascuale, conforme se explicará a continuación.

En forma preliminar, es menester señalar que la admisión formal de un recurso extraordinario, no imposibilita que este Cuerpo, al examinar los motivos de agravio que suscitan la impugnación, vuelva sobre los requisitos o presupuestos que hacen a la procedencia formal de ella (LS 193- 326; 280-120, entre otros). En idéntico sentido ver **«Tempestti Fornes»**, **«Bustos»**, **«Poblete Loyola»**, **«Quiroga Calderón»** y **«Syrotchuk»**.

Desde esta perspectiva, debe señalarse que, conforme surge de las constancias de la causa, existen falencias en el procedimiento que impiden el tratamiento en esta instancia de las impugnaciones aludidas. Concretamente, se advierten dos circunstancias acaecidas durante la tramitación de los recursos que imposibilitan el tratamiento de los agravios casatorios, por falta de jurisdicción.

En efecto, la primera de las situaciones aludidas obedece a errores en la interposición y tratamiento de la queja sustanciada ante este Tribunal.

En ese orden, cabe referir que a fs. 01/04 de las presentes actuaciones, la defensa técnica del imputado dedujo ante esta Suprema Corte queja por recurso de apelación mal denegado e inconstitucionalidad contra la resolución del Tribunal Penal Colegiado N° 1, mediante el que se declaró inadmisibles la nulidad y el recurso de apelación deducido contra la resolución de fs. 1182/1195 vta. de los autos principales, impugnación que claramente resulta improcedente por no resultar la vía idónea para atacar el pronunciamiento adverso.

Esa última afirmación se funda en que el rechazo formal de un recurso de apelación efectuado por el tribunal ad quem, es decir, por el órgano jurisdiccional que debía analizar no sólo el fondo de la cuestión sometida a su consideración sino también la procedencia formal de la impugnación, no puede ser cuestionada mediante queja ante la Suprema Corte de Justicia. Ello, teniendo en cuenta que los fines de la queja por recurso mal denegado ya fueron cumplidos justamente por el tribunal que debía resolver sobre el fondo de la cuestión planteada y que fue quien estimó que la misma no era formalmente procedente.

En otros términos, la queja es un remedio procesal tendiente a que el tribunal ante quien procedía el recurso examine la denegación por parte del a quo, controlando la existencia de algún vicio en que pueda haber incurrido la instancia anterior al denegar un recurso interpuesto en debida forma, circunstancia que no se verifica en el presente caso, en el que el ex Segundo Juzgado de Garantías de la Tercera Circunscripción Judicial tuvo por interpuestas en tiempo y forma aquellas impugnaciones y las remitió al ad quem para su sustanciación, siendo este último quien las declaró formalmente inadmisibles (fs. 1224 y 1302/1303 vta., respectivamente).

No obstante, al resolverse en esta instancia extraordinaria la queja intentada, no se consideró que la resolución a la que se refería el presentante no era la denegatoria del recurso de casación –puesto, que este recurso se presentó con posterioridad–, sino aquélla que declaró la inadmisibilidad del recurso de apelación que, en definitiva, constituye el objeto de la queja aludida.

En otras palabras, este Cuerpo en forma errónea hizo lugar a la queja interpuesta, concediendo los recursos de casación e inconstitucionalidad que nunca fueron sometidos a conocimiento de este Tribunal y que, por ello, no podían ser materia de análisis. Esta circunstancia no impide que sea subsanada la cuestión bajo análisis, en esta oportunidad.

Es que, justamente, la situación aludida en último término constituye el segundo de los obstáculos que imposibilitan el tratamiento de los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos a favor de Antonino Di Pascuale. Así, cabe referir que esas impugnaciones -presentadas con posterioridad a la queja sometida a consideración de este Cuerpo- también fueron declaradas formalmente inadmisibles por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial y la resolución que instrumenta esa decisión se encuentra firme, por no haber sido recurrida en modo alguno por la defensa del imputado. Es decir, que el letrado sólo presentó queja por la denegación de la apelación más no por la denegatoria de la casación e inconstitucionalidad.

Esta circunstancia pone de resalto que los agravios formulados en ese marco no pueden ser analizados por este Cuerpo, en tanto la jurisdicción de esta instancia no ha sido abierta adecuadamente para el tratamiento de los agravios de inconstitucionalidad y casación, y la queja por apelación denegada resulta evidentemente improcedente, por no ser éste el órgano jurisdiccional competente para su análisis, conforme dispone el art. 491 y ss del CPP.

Dicho esto y más allá de la cuestión formal señalada, corresponde recordar la posición que este Tribunal ha asumido en relación a la impugnabilidad del auto que dispone la elevación a juicio, al expresar que «la

modificación legislativa de los artículos 361, 466 y concordantes del CPP no consagran expresamente la inapelabilidad del auto de elevación a juicio, sino que sólo ya no incluyen a ese acto como objetivamente impugnabile. Sin embargo, una interpretación armónica de las disposiciones del Código exige que la elevación a juicio sea incluida dentro de aquellas disposiciones que quedan comprendidas en el art. 466 in fine CPP, es decir, de aquellas que provocan gravamen irreparable para la situación del acusado» (al respecto ver precedente «**Robledo Terrera**»).

Cabe agregar que no pasa inadvertida la solicitud del recurrente de exponer oralmente los agravios casatorios. Sin embargo, teniendo en cuenta la solución que propicio, no corresponde dar trámite a la audiencia solicitada.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar formalmente el recurso de casación intentado y, en consecuencia, dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO, por sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar formalmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de Antonino Di Pascuale.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir para su oportunidad la regulación de los honorarios profesionales.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 10 de octubre de 2019.-

21- LUCERO. 07-11-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	PI.	-	-	PPC Mul.	-	-	A P1°	-	-	-	-	-	-	474

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191107_FyQcLucero.pdf

Lex: Art. 173 inc. 7° del CP.

Vox: Estafa. Administración Fraudulenta.

Summa:

El **TPC** condenó al primero de los nombrados a la pena de un año de prisión en forma condicional y multa por la suma de pesos cinco mil, como autor penalmente responsable del delito de defraudación por administración fraudulenta; al segundo de los nombrados a la pena de dos años de prisión en forma condicional y multa por la suma de pesos quince mil, como autor penalmente responsable del mismo delito y al tercero de los nombrados a la pena de dos años de prisión en forma condicional y multa por la suma de pesos cincuenta mil como partícipe primario.

La **defensa** de Roberto Interlante y Jorge Mosri refieren que la sentencia se encuentra inmotivada. La defensa de Martín Lucero advierte que los magistrados sentenciantes han actuado movidos por la íntima convicción de la existencia del hecho, violando las reglas de la sana crítica racional. Vicios in iudicando los recurrentes sostienen que el tribunal de juicio aplicó incorrectamente la ley sustantiva.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 4364, pronunciada por el TPC N° 1-3° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Arredondo Suárez
- Domínguez Castillo

La idea central desarrollada en estos precedentes es que la invocación de un vicio sustantivo supone el respeto de los hechos fijados en la sentencia y que, por ende, no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

Parágrafos destacados.

(...) Así, el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos, tal como intentan realizar en sus remedios impugnativos las defensas de Mosri, Lucero e Interlante. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio iuris atribuido a la resolución objetada, que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, que queda fijado por el Tribunal inferior (...)

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(A.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04361330-2/1((038601-19066))F. Y QUER. PART. C/ LUCERO MARTIN ALEJANDRO, MOSRI JORGE E INTERLANTE ROBERTO SALVADOR SANTOS P/ DEFRAUDACIÓN MEDIANTE ADMINISTRACION FRAUDULENTA (19066) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104438661*

En Mendoza, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04361330-2/1, caratulada "F. Y QUER. PART. C/ LUCERO Y OTS. S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO; segundo, DR. MARIO D. ADARO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

Los representantes de las defensas técnicas de Martín Alejandro Lucero Molina, Jorge Mario Mosri Varela y Roberto Salvador Santos Interlante interponen respectivamente recursos de casación (fs. 758/768; 769/773; 774/783) contra la sentencia N° 4.364 (fs. 744/745) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Tercera Circunscripción Judicial condenó al primero de los nombrados a la pena de un año de prisión en forma condicional y multa por la suma de pesos cinco mil, como autor penalmente responsable del delito de defraudación por administración fraudulenta; al segundo de los nombrados a la pena de dos años de prisión en forma condicional y multa por la suma de pesos quince mil, como autor penalmente responsable del mismo delito y al tercero de los nombrados a la pena de dos años de prisión en forma condicional y multa por la suma de pesos cincuenta mil como partícipe primario (art. 173 inc. 7° C.P.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio consideró acreditado, con el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria, el hecho contenido en la pieza acusatoria, según el cual «en fecha 24 de marzo de 2011, durante el transcurso de la mañana, Martín A. Lucero y Jorge Mosri, ambos enólogos de la Bodega Guanacache, ubicada en ruta 7, km. 999, de San Martín, Mendoza, con la colaboración de Roberto Interlante, arrendatario, representante legal y miembro titular del Directorio y órgano de administración de Bodega 'Establecimiento El Salvador S.A.', llenaron y suscribieron los documentos de ingreso, recepción, traslado y tránsito, dejando asentado en cada uno de los certificados que los treinta mil litros de mosto sulfitado que trasladaba el camión Mercedes Benz, Dominio WVB 768, acoplado VAC 404, habían sido descargados y recepcionados en la Bodega Guanacache a las 8:00 horas de ese día cuando, en realidad, el camión había sido desviado esa mañana en su destino original por una orden manifestada telefónicamente la noche anterior, alrededor de las 21:45 del día 24 de marzo de 2011 por Jorge Mosri al chofer Sr. Salvador Croce Irusta, indicándole que la descarga debía realizarse en Bodega El Salvador. En efecto, alrededor de las 7:00 horas del día 24 de 2011, Salvador Croce Irusta, al mando Irusta [sic], al mando del camión precedentemente individualizado, descargó los treinta mil litros de mosto sulfitado en Bodega El Salvador, ante la presencia de diversos obreros y la evidente anuencia de Roberto Interlante

que se encontraba en el lugar, quien facilitó el establecimiento para su depósito. Luego, aproximadamente, a las 8:30 horas, llegó Jorge Mosri a Bodega El Salvador, le firmó el documento de tránsito y se lo devolvió a Croce Irusta, requiriéndole que se retirara a buscar otra carga» (fs. 458 vta.).

Para decidir en tal sentido, el a quo valoró los testimonios prestados por Ramón García, Marcelo Giménez, Pascual Carrizo, Luis Demaría, Darío Croce; así como los descargos de los imputados y la demás prueba válidamente incorporada al proceso.

II.- Recursos defensivos

a.- *Vicios in procedendo*

1.- Recursos de las defensas de Roberto Interlante y Jorge Mosri

Los recurrentes refieren que la sentencia se encuentra inmotivada, en tanto se habría omitido injustificadamente valorar prueba que lleva a la certeza negativa sobre la existencia del hecho. En esta línea, destacan el contenido de las declaraciones de Diego García, Ramón García y Darío Croce, así como el contenido de la planilla de «control ingresos y salidas de producto».

2.- Recurso de la defensa de Martín Lucero

El impugnante advierte que los magistrados sentenciantes han actuado movidos por la íntima convicción de la existencia del hecho, violando las reglas de la sana crítica racional.

Argumenta a favor de este punto de vista que no se interpretó correctamente el «Certificado de tránsito», ofrecido por el denunciante y no puesto en duda a lo largo del proceso, del cual surgiría que los caldos vínicos transportados por Darío Croce fueron descargados en la bodega del denunciante.

Agrega que se ha realizado una valoración sesgada de la prueba testimonial, ya que Marcelo Giménez, Pascual Carrizo y Luis Demaría son empleados de los denunciados. Finalmente, señala que la declaración de Darío Croce debe ser excluida con base en lo dispuesto por el art. 207 C.P.P.

b.- *Vicios in iudicando*

En este plano, los recurrentes sostienen que el tribunal de juicio aplicó incorrectamente la ley sustantiva al condenar a sus representados como responsables del delito de administración fraudulenta cuando, en verdad, no existió perjuicio económico alguno; circunstancia que impediría predicar la tipicidad del hecho. En apoyo de esta tesis, citan doctrina especializada.

Los recurrentes realizan reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General entiende que corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos (fs. 819/822).

En relación con el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado Mosri, considera que el mismo debe ser rechazado formalmente por haber sido presentado en forma extemporánea.

Por otra parte, realiza un tratamiento conjunto de los agravios expuestos en los recursos de los imputados Interlante y Lucero. En relación con ellos, considera que, si bien proceden formalmente, en el fondo expresan una mera disconformidad para con la valoración realizada por el a quo, por lo que deben ser también rechazados. En apoyo de esta conclusión, el titular del Ministerio Público Fiscal realiza un análisis de la actividad de valoración de la prueba plasmada en la sentencia, a la luz de los agravios esgrimidos por las partes.

Por último, en el plano de los vicios in iudicando, descarta la ausencia de perjuicio en tanto elemento del tipo del art. 173 inc. 3 del Código penal. En este sentido, advierte que no le asiste razón a la defensa cuando alude que al día siguiente se completarían los litros de mosto en la pileta, toda vez que el hecho

de haber desviado el camión con la carga hacia otra bodega y su efectiva descarga en la misma, denota que la maniobra delictiva alcanzó el estadio de la consumación.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

En un adelanto de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos casatorios deben ser rechazados. Doy razones.

Con el fin de ganar en claridad expositiva trataré a la par los agravios esgrimidos en el plano de los vicios in procedendo por los abogados defensores de los coimputados Roberto Interlante y Jorge Mosri (punto 1.a.), para concluir el desarrollo de mi exposición en este nivel con el tratamiento del planteo de la defensa de Martín Lucero (punto 1.b.). Por último, consideraré conjuntamente los motivos que agravan a los condenados en el plano de los vicios in iudicando (punto 2.).

1.- Vicios in procedendo

1.a.- Planteo de las defensas de Roberto Interlante y Jorge Mosri

Si bien ambos recursos son estructuralmente análogos en lo que hace a su argumentación, no me es ajeno que el recurso interpuesto por la defensa de Jorge Mosri es –tal cual advierte el Procurador General en su dictamen– extemporáneo y, por ello, formalmente improcedente.

En efecto, los fundamentos de la sentencia puesta en tela de juicio fueron leídos el día 02 de mayo de 2018 (fs. 754), mientras que el recurso casatorio fue interpuesto el día 28 de mayo del mismo año (fs. 783 vta.) cuando, en rigor, por imperativo legal, el término para recurrir la sentencia recaída en autos vencía el día 23 de mayo de 2018 –o 24 de mayo del mismo año, durante las dos primeras horas de la jornada, por “Secretaría especial”–.

Con todo, aun cuando de momento se deje de lado este obstáculo formal, y ello en virtud de lo dispuesto por el art. 458 C.P.P., la visión de los hechos que proponen las defensas de Interlante y Mosri en esta instancia tampoco prospera en el plano material. En este sentido, la estrategia defensiva es doble: por un lado, cuestionar el valor de las declaraciones testimoniales que fundamentan el veredicto condenatorio y, por otro lado, hacer foco en la correcta interpretación de la planilla de «control ingresos y salidas de producto».

1.a.a. En relación con lo primero, esto es, el sentido incriminatorio de las declaraciones de Ramón García, Diego García, Luis Alberto Demaría y Darío Croce – consideraciones que también valen para el tramo del agravio de la defensa de Martín Lucero que critica su valoración (infra)– cabe decir que éstas han sido valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional. Al respecto, cabe destacar que los testigos brindaron datos fundamentales de la operación fraudulenta realizada por los imputados, así como de sus específicas aportaciones al hecho delictivo. Todo lo cual, unido a otras pruebas –principalmente de carácter documental– e indicios le permitieron al tribunal tener la certeza necesaria para condenarlos por el delito enrostrado.

Pero antes de analizar las declaraciones testimoniales referidas, me parece importante resumir en qué consistió la maniobra imputada y cuáles eran los roles de los acusados, conforme surge de la pieza acusatoria y de los hechos fijados en la sentencia. En época de molienda del año 2011, la bodega Guanacache (empresa dedicada a la compra y venta de mosto) recibiría mosto de la bodega Gentile Collins, el cual sería trasladado por dos camiones. Uno de estos camiones, cargado con 28.350 litros de mosto sulfitado, era conducido por Salvador Croce.

Este transporte, era esperado en la tarde noche del 23 de marzo de aquel año por Ramón García, quien le expresó al sereno de la bodega Guanacache (Luis Alberto Demaría) que estuviera atento al camión que faltaba llegar. Sin embargo, el día 24 de marzo Ramón García advirtió que la carga no había arribado y comenzó, junto con su hijo Diego García –apoderado de la bodega–, a realizar las averiguaciones pertinentes. Estas se dirigieron inicialmente a Martín Lucero y Jorge Mosri, enólogos de la bodega, quienes, entre otras funciones, estaban a cargo de recibir los ingresos de uva.

Y es por esto que, en primer lugar, la declaración de Diego García adquiere un valor preponderante para el a quo, pues de ella se deriva que, si bien Lucero había llenado la planilla de ingreso del camión faltante, en realidad este no había ingresado, sino que había sido descargado en la bodega El Salvador, propiedad de Roberto Interlante, con la ayuda de Jorge Mosri, quien firmó el Certificado de tránsito dando cuenta de una recepción que nunca sucedió (fs. 747 vta.).

En segundo lugar, el testimonio de Demaría también es colocado en un lugar central del razonamiento de los jueces sentenciantes, pues permite determinar la posición de garantía frente a la custodia de los intereses de la empresa, tanto de Martín Lucero, como de Jorge Mosri al declarar que aquel «era como un encargado, cuando no estaba el patrón él mandaba» y que juntos «medían las piletas, la entrada y salida de todos los camiones, ellos pesaban, ordenaban la carga y descarga de todos los camiones que ingresaban y salían de la bodega Guanacache, le daban tareas a todos los empleados, ellos dos manejaban la planta» (fs. 749 vta.). E igualmente, se encuentra acreditado que Roberto Interlante, condenado como partícipe necesario en la maniobra referida, era enólogo y socio de la bodega El Salvador, a la cual fuera desviada la carga de mosto.

En tercer lugar, el testimonio del chofer del camión desviado, Darío Croce permitió determinar la secuencia de eventos que sucedieron los días 23 y 24 de marzo de 2011. Al respecto, el juez puntualizó los elementos más importantes que surgen de esta declaración: «en la tardenoche del 23/4 Jorge Mosri lo llamó por teléfono. Que le dijo que no descargara en bodega Guanacache, sino que lo hiciese en bodega El Salvador. Que el día 24/3 él llegó a las 7:00 de la mañana a descargar en la bodega de Interlante como Mosri le había ordenado. Que cuando llegó ya lo estaban esperando, que descargó y ‘no tuvo que explicar nada’. Que a la bodega El Salvador llegó Mosri y le firmó el traslado y se lo devolvió. Que él obedeció esa orden de llevar el mosto a la bodega de Interlante porque Jorge Mosri es uno de los enólogos de Guanacache y no quería perder su trabajo. Que en la bodega de Interlante no lo vio a él pero si vio a su camioneta marca Chevrolet, de color blanco» (fs. 749/749 vta.).

Asimismo, los testimonios de Marcelo Giménez y Pascual Carrizo terminan de despejar cualquier duda sobre la existencia de la maniobra y los roles desplegados por los imputados al momento del hecho. Los cuales han sido correctamente valorados y articulados con el resto del plexo probatorio a fs. 748 vta./749. Todos los testimonios referidos fueron señalados en la sentencia como especialmente significativos por su consistencia y coherencia desde el punto de vista probatorio. Ello en tanto, a decir de los jueces, su alto valor convictivo se derivó de la constatación de manifestaciones que fueron mantenidas desde el momento de la denuncia hasta su ratificación en la audiencia de debate y la inexistencia de animosidad de parte de cada uno de ellos para con los imputados (fs. 750 y vta.). Todo lo cual se articula armónicamente con la prueba documental y los indicios que, a su vez, son caracterizados como unívocos, concurrentes y convergentes.

En síntesis, en la sentencia se observa un trabajo de ilación preciso, que se advierte claramente en diversos momentos del desarrollo, de los que solo refiero uno al solo efecto expositivo «hablar de correlación en el terreno probatorio es situarnos, en el sentido que lo utilizamos, en el campo de las hipótesis más

probables o sostenidas por mayores elementos de confirmación. En otras palabras, entre lo que dijo Croce, lo que se vio obligado a reconocer Lucero al ser descubierto, y la huida actuada por Jorge Mosri una vez que la maniobra salió a la luz, deja una secuela que, leída retrospectivamente permite hacer una reconstrucción altamente probable de los hechos» (fs. 750 vta.).

1.a.b. Hasta aquí, entonces, lo que creo es el núcleo duro del razonamiento de los jueces sentenciantes en relación con las declaraciones testimoniales que sustentan su veredicto inculpativo y que, a su vez, coincide con el foco hecho por los abogados defensores al desplegar sus agravios. Sin embargo, falta el segundo tramo de la reconstrucción de lo que pasó aquel 23 de marzo de 2011, y es la relativa a la prueba documental. En relación con ella, puedo anticipar que, tal como lo determinaron los jueces sentenciantes, esta no hace más que dar cuenta de la manera en que ocurrieron los hechos conforme la hipótesis acusatoria, articulándose armónicamente con el resto del plexo probatorio.

En relación con la prueba documental válidamente incorporada al proceso, las defensas de Mosri e Interlante critican, en particular, la valoración que el a quo ha realizado de la información contenida en la planilla de «control de ingresos y salidas de productos», en tanto, conforme su punto de vista, la misma daría cuenta de que el mosto efectivamente ingresó a la bodega Guanacache, tal cual debía suceder. Sin embargo, esta aproximación al sentido del documento no puede compartirse. En efecto, Ramón García declaró que Martín Lucero, quien durante veinte años trabajó con él, le confesó la maniobra y que en verdad no había ingresado el camión, habiéndose fraguado la documentación, al haberse derivado el mosto a la bodega El Salvador (fs. 748).

Testimonio que se encuentra corroborado, a su vez, por la pericia caligráfica de f. 234 sobre la planilla en cuestión, la cual ha sido correctamente valorada por el a quo, en cuanto ella determinó que «el llenado litero numeral fue confeccionado por el puño escritor de Martín Alejandro Lucero», en relación con las columnas 9 y 10. Mientras que Ramón García ratificó estos conceptos y señaló que Mosri fue quien asentó el número que lleva la columna 8 (fs. 748 vta.). En suma, el agravio defensivo en relación con el valor atribuido a la planilla mencionada no puede prosperar, así como tampoco lo puede hacer el referido a la ausencia de valoración de la pericia caligráfica.

Finalmente, el magistrado interviniente articula la prueba precedente con otros indicios que caracteriza de convergente, tales como la hora en la que se produjo el descargo, inusual para el rubro; que cuando llegó el camión a la bodega El Salvador lo esperaban sin pedirles explicaciones adicionales a su conductor; que Jorge Mosri llegó a esta bodega, en tales circunstancias e hizo firmar un traslado que daba cuenta de que el mosto se había recibido en

Guanacache; y, por último, que al momento de la descarga del mosto se encontrara presente Interlante, lo cual se deriva de que así lo evidenciaba su camioneta marca Chevrolet, color blanco, estacionada en el lugar (fs. 751). A lo anterior, se suman las declaraciones de Marcelo Giménez (encargado de la bodega Guanacache), las cuales reafirman la versión de la acusación en sus partes esenciales.

En conclusión, no le asiste razón a la defensa cuando cuestiona la actividad de valoración de la prueba realizada por el a quo en relación con las declaraciones testimoniales y documentos señalados.

1.b.- Planteo de la defensa de Martín Lucero

En este recurso también puede apreciarse una doble vía a través de la cual la defensa desarrolla su refutación de los fundamentos del veredicto condenatorio. Por una parte, centraliza su ataque en el sentido que el a quo le ha impreso a las declaraciones testimoniales de Ramón García, Diego García, Luis Alberto Demaría y Darío Croce; por otra parte, crítica la interpretación que se ha realizado del «Certificado de tránsito» aportado por el denunciante y su lugar en el silogismo inculpativo.

1.b.a. En relación con lo primero, entiendo que son válidas las consideraciones vertidas al analizar la crítica de los recursos de Mosri e Interlante. Resta entonces analizar si la declaración de Croce ha sido incorporada al proceso vulnerando alguna garantía constitucional que la haga pasible de eficacia probatoria. La respuesta a esta cuestión es negativa. Y es que el abogado defensor no ha conseguido demostrar, en concreto, cuál es el vicio que padece el testimonio mencionado, limitándose a realizar consideraciones genéricas, sin explicar en qué consistiría la violación de la garantía constitucional que advierte.

Croce ha intervenido en el proceso como testigo y no como imputado, por lo que su declaración no se encuentra afectada por vicio alguno y, por ende, los magistrados sentenciantes se encuentran en plena libertad para atribuirle el valor probatorio que estimen correcto conforme las reglas de la sana crítica racional y la lógica. Al mismo tiempo, no debe perderse de vista que este testigo fue el chofer del camión que trasladó el mosto y actuó bajo las ordenes de los enólogos, lo cual, aún en el plano material hace decaer cualquier sospecha que pueda existir tanto en relación con su interés en la solución del caso.

1.b.b. De este modo, me parece oportuno pasar de inmediato al tratamiento del segundo tramo del recurso a favor de Lucero en el plano de los vicios in procedendo. Me refiero al relativo a la interpretación realizada del documento “Certificado de tránsito”. El planteo defensivo consiste en postular que, en este documento constaba que el mosto se había depositado en la bodega Guanacache y no en la bodega El Salvador. Lucero expresó al momento de realizar su descargo que el llenó la planilla y dejó constancia del ingreso del mosto a la bodega Guanacache –cuando esto no había ocurrido– porque lo hizo con base en el «Certificado de tránsito», el cual estaba previamente firmado por Mosri. Ello eventualmente podría implicar un error de su parte, pero de ningún modo una conducta dolosa.

Esta visión de los hechos, sin embargo, no puede compartirse. Principalmente, porque omite considerar, en un claro giro defensivo, que el Certificado de tránsito, así como de la planilla de ingreso fueron completados con datos falsos, en tanto parte esencial del proyecto delictivo tendiente a ocultar la maniobra frente al control de las autoridades de la bodega Guanacache y del INV. Todo lo cual, se suma al resto de la prueba ya referida que explicita los extremos de esta maniobra. Sobre ello nos instruye convincentemente el a quo cuando analiza el descargo de Martín Lucero a fs. 751 vta.

1.c. Cabe decir, en último lugar, que no escapa al trabajo analítico del a quo las tomas de postura realizadas por Lucero, Interlante y Mosri durante el proceso frente a la imputación que pesaba contra ellos, las cuales son examinadas a fs. 751/752. Con todo, las mismas, a la luz de la prueba de cargo, no consiguen aportar una explicación alternativa de los hechos –tal cual advierten los jueces sentenciantes– que debilite la hipótesis acusatoria.

En consecuencia, y a modo de conclusión preliminar, no puede prosperar ninguno de los agravios articulados por las defensas de los imputados en el plano de los vicios in procedendo.

Corresponde ahora contestar las preguntas formuladas por los recurrentes en el plano de los vicios in iudicando.

2.- Vicios in iudicando

En el plano de la aplicación del Derecho, los recurrentes se agravian al considerar que, en el caso en cuestión, no existió perjuicio alguno al patrimonio del denunciante, circunstancia que impediría hablar de una administración fraudulenta, al menos, consumada.

En este agravio coinciden, en términos generales, las defensas de los tres condenados –varian únicamente en la cita de doctrina penal que sostiene sus conclusiones– y, por ello, también el núcleo de su argumentación padece del mismo defecto.

Este es, trastocar la plataforma fáctica que el a quo ha tenido por probada para, a partir de allí, proponer una interpretación jurídica diversa acorde a los intereses de sus representados, según la cual, no habría existido desviación alguna del mosto.

Sobre esta estrategia argumentativa –falaz en orden a su imposibilidad metodológica al pretender la revisión de la correcta o incorrecta aplicación e interpretación de la ley con base en unos hechos que no son los fijados en la sentencia— ya ha tenido oportunidad de expedirse este tribunal en **«Arredondo Suárez»** y **«Domínguez Castillo»**, entre otros. La idea central desarrollada en estos precedentes es que la invocación de un vicio sustantivo supone el respeto de los hechos fijados en la sentencia y que, por ende, no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

Así, el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos, tal como intentan realizar en sus remedios impugnativos las defensas de Mosri, Lucero e Interlante. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio iuris atribuido a la resolución objetada, que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se pueda evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, que queda fijado por el Tribunal inferior.

Y en relación con esto último, es decir, la plataforma fáctica fijada por el a quo, ya advertí que la actividad de valoración de la prueba que la sostiene es completamente válida y ajustada a las reglas de la sana crítica racional. En lo que ahora interesa, los jueces sentenciantes determinaron que el denunciante abonó el valor de un mosto que debió ingresar a su bodega y nunca ingresó. Ello, debido a la maniobra fraudulenta pergeñada por los imputados en abierta violación de sus deberes y con la finalidad de obtener un lucro indebido.

En palabras del a quo: «en esta actuación excesiva, intencionalmente extralimitada (dolosa) en el ejercicio del cargo encomendado, en abierta violación de sus deberes, con la finalidad de obtener un lucro indebido, perjudicaron aquellos intereses que tenían el deber de proteger. Perjuicio concreto derivado de 28.350 litros de mosto (\$ 250.000,00 aproximadamente) que debían ingresar a la bodega Guanacache y no ingresaron. Por lo que tuvo que ser pagado por su propietario de acuerdo con los usos inherentes a este rubro, y tal como él lo manifestó en la audiencia. Aclarando que el producto viaja por cuenta del receptor» (fs. 753).

En consecuencia, y en opinión concordante con el señor Procurador General, corresponde rechazar sustancialmente los recursos traídos a estudio.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 758/768, 769/773 vta. y 774/783 por las defensas técnicas.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

22- ROSSI. 10-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														477
-	-	-	-	-	-	-	A	-		-	-	-	-	414

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=248>

Lex: Art. 181 del CP

Vox: Usurpación

Summa:

El **JPC** absolvió al señalado por el delito de usurpación por despojo.

La **querrela** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 510, pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Parágrafos destacados

Es que, según entiendo, el acusador privado pretendía demostrar, mediante la prueba documental aportada, la calidad de sujeto pasivo de su representado (como propietario, tenedor o poseedor del inmueble en cuestión) en relación con el delito de usurpación. No obstante, resulta claro que, más allá de que esa circunstancia fuese probada o no, ella no implica que Rojas haya llevado a cabo alguna de las conductas típicas de la figura penal prevista en el art. 181, inc. 1 del CP; lo que en autos quedó totalmente descartado.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo

(A.P.)

Fallo

CUIJ: 13-04819273-9/1((048501-11415)) FC/ ROSSI SAN JULIAN AGUSTIN, ROJAS BURGOS JUAN PABLO P/ USURPACION (11415) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104900018*

En Mendoza, a los diez días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04819273-9/1 caratulada "FC/ ROSSI SAN JULIÁN, AGUSTÍN Y OT. P/ USURPACIÓN S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. OMAR A. PALERMO.

El representante del querellante particular, Constantino Caraganopulos, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 510, mediante la que se absolvió a Juan Pablo Rojas Burgos del delito de usurpación (art. 181, inc. 1° CP); pronunciamiento dictado por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial en autos N° 11.415.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal sentenciante absolvió a Juan Pablo Rojas Burgos del delito de usurpación que le fuera oportunamente intimado, de acuerdo al requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 296/298 vta. de las presentes actuaciones.

La plataforma fáctica descrita en este requerimiento consistió en que «[s]urge de la denuncia realizada en sede de la Subcomisaría de Vista Flores, Tunuyán, el día 04 de octubre de 2013 por el Sr. CONSTANTINO CARAGONOPULOS COTO, quien manifestó que posee un terreno ubicado sobre ruta 94 S/N, lugar denominado India Muerta de Manzano Histórico, Tunuyán, Mendoza, el cual se encuentra cerrado en su totalidad con alambrado de cinco hebras y tiene un portón de ingreso de metal con cadenas y candado, en la fecha, siendo las 09:00 horas tomó conocimiento por un vecino que personas desconocidas habrían ingresado a su propiedad previo romper el candado, sacando del interior un semirremolque, que también habrían colocado custodia [p]olicial y que una máquina se encuentra realizando tareas de desmonte en el lugar. Luego de las respectivas averiguaciones se pudo constatar que las máquinas que hacían los trabajos en la propiedad fueron contratadas por el Sr. PABLO ROJAS, por encargo de la firma Campos Orgánicos S.A. surgiendo en unas de las Actas que el representante de aquella sociedad sería AGUSTÍN ROSSI».

El sentenciante llegó a la solución antes detallada, por entender que existía «debilidad probatoria no sólo en cuanto a la autoría, sino también sobre la materialización del acta de despojo, bien sea como autor o partícipe primario», lo que impedía llegar «a un grado de certeza positiva que permita demostrar que se ha cometido un delito y que el imputado es el señor Rojas» (constancias audiovisuales, desde 36'45" hasta 37'03"). Esta conclusión derivó de las declaraciones testimoniales de Sergio Costa, Andrés Costa, Pedro Rodríguez, Osvaldo Credes, Juan Santis, Juan Antonio Costa, Amalia Basualdo, Víctor Miranda y Aldo Juárez.

2.- El recurso de casación del querellante particular

El representante de la parte querellante cuestiona, a modo de aclaración preliminar, el sobreseimiento por prescripción de la acción penal dictado en favor de Agustín Rossi San Julián con anterioridad a la sentencia aquí recurrida.

En ese sentido, expresa que esa decisión fue emitida apartándose de lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 340, quien además compartía el criterio nulificante del hoy recurrente. Señala, además, algunas particularidades del proceso que, a su entender, generan responsabilidad funcional de los órganos judiciales intervinientes.

Desde otro aspecto y luego de reseñar los antecedentes de la causa, el recurrente señaló que en los fundamentos de la sentencia de absolución impugnada se ha omitido considerar el material probatorio de carácter documental aportado por el señor Caraganopulos, entre los que menciona: la Boleta de Líneas N° 16.385 expedida por Dirección Provincial de Vialidad; el plano de mensura N° 15- 13925; las constancias de expediente N° 26.091 por prescripción adquisitiva, tramitado ante el Primer Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Cuarta Circunscripción Judicial; y, las constancias de los expedientes N° 38.516/1 por coacciones y N° 10.012/1 por desbaratamiento de derechos acordados.

Sostiene que, de haber sido valoradas estas probanzas en forma conjunta con el resto de los elementos de prueba incorporados –inclusive las declaraciones testimoniales–, se habría llegado a la conclusión de que Rojas, dado su carácter de apoderado y/o administrador de Campos Orgánicos, no sólo no fue ajeno a la maniobra que terminó con el despojo usurpatorio de la propiedad de Caraganopulos, sino que su conducta fue determinante.

El impugnante considera que existen otros dos antecedentes que el sentenciante ha omitido considerar en su fundamentación, estos son: la denuncia de fs. 1, interpuesta por Rojas; y el acta de inspección ocular realizada por el Oficial Ayudante Pedro Ampuero y agregada a fs. 16/17 de autos. Asimismo, entiende que no han sido valoradas detenidamente las escrituras públicas N° 145 y 49, de las que surgen las amplísimas facultades que tenía Rojas; así como el acta de inspección ocular de fs. 30/31, en la que consta que el Oficial Ayudante Ampuero se encontraba de servicio extraordinario contratado por Pablo Rojas.

En lo que respecta a la prueba testimonial, considera que el a quo no ponderó debidamente las declaraciones recibidas en el debate.

Sostiene además que el sentenciante insistió en que Rojas no rompió el alambre, el candado o la cadena y que tampoco ejerció violencia, amenazas o engaños para despojar del campo a Caraganopulos, lo que revela una errónea y sesgada interpretación de los elementos probatorios, puesto que lo han llevado a dejar de analizar la posibilidad de que el delito se haya cometido mediando clandestinidad.

Respecto de la persona a quién pertenecía la propiedad, el recurrente considera que no es acertada la afirmación del a quo relativa a que algunos testigos afirmaron que pertenecía a Rossi, en tanto ninguna persona lo señaló como propietario, conforme su punto de vista. En ese orden, también sostiene que la prueba incorporada permite aseverar que, hasta momentos antes de su denuncia, el inmueble siempre estuvo bajo la posesión de Caraganopulos.

Finalmente, concluye que es arbitraria la resolución absolutoria, puesto que Rojas tuvo cierto grado de participación en el diseño, ejecución y consumación de un plan orientado a desapoderar a Caraganopulos del inmueble ya individualizado, según surge de la denuncia de fs. 01 y del acta de inspección ocular de fs. 30/31.

En función de ello, solicita se haga lugar al recurso de casación, se declare la nulidad de la sentencia recurrida y se ordene la celebración de un nuevo juicio.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General expresa que corresponde rechazar el recurso de casación bajo estudio, en tanto la sentencia absolutoria se encuentra debidamente fundada y se ha analizado detalladamente la prueba rendida y los alegatos de las partes.

Asimismo, considera que los argumentos casatorios sólo resultan ser una discrepancia con la valoración del plexo probatorio efectuada por el a quo, basada en la óptica del querellante, no advirtiéndose que la resolución adolezca de los vicios que el recurrente le endilga.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Conforme surge de los argumentos que a continuación se desarrollan, estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por el representante del querellante particular.

Tal como surge del escrito recursivo, la queja se dirige a cuestionar la valoración que el a quo ha efectuado de los elementos producidos e incorporados a la causa con la conformidad de las partes procesales, sosteniendo la arbitrariedad de la misma, por entender que se ha omitido considerar prueba documental debidamente incorporada y ponderado erróneamente las declaraciones testimoniales vertidas durante el debate.

No obstante los argumentos casatorios referidos, considero que la sentencia aparece debidamente fundada y el material probatorio adecuadamente meritado, conforme a las pautas establecidas por la ley procesal.

En efecto, el sentenciante llegó a la conclusión absolutoria por considerar que no se había podido probar ninguna de las «cinco formas en que el delito se puede llevar a cabo», basándose principalmente en la hipótesis acusatoria formulada por la parte querellante –puesto que el representante del Ministerio Público Fiscal no mantuvo la acusación– y luego de analizar las declaraciones testimoniales brindadas tanto por los testigos de cargo como de descargo.

Así, el tribunal de juicio expresó que la propia acusación descartó la utilización de violencia para provocar el despojo, en tanto reconoció «que no hay certeza acerca de quién rompió el candado y cort[ó] el alambrado». Además señaló que «tampoco [hizo] alusión el querellante acerca de una violencia moral en contra del señor Caraganopulos» y que «tampoco centr[ó] la querrela su acusación en el engaño [ni] en el abuso de confianza, interversión del título, como así tampoco en la clandestinidad», ya que «no ha utilizado ninguno de estos términos durante el alegato [...] para [...] encasillar la conducta del imputado» (constancia audiovisual, desde 27'17" hasta 28'10").

A lo señalado, el tribunal de instancia anterior agregó que la clandestinidad debe descartarse por completo, teniendo en cuenta que «es una maniobra oculta sigilosa [...] se contradice totalmente con lo que ha ocurrido en autos, vale decir, contratar al Ministerio de Seguridad para que la fuerza policial custodie un predio, ingresar con máquinas, alojar a funcionarios policiales en una casilla prestada por el señor Costa y hacer tareas de desmonte no es un hecho que aparece como oculto de parte de quien fuera el sujeto activo» (constancias audiovisuales, desde 28'26" hasta 28'56"). Ello permite descartar de plano el argumento casatorio referido a que el sentenciante no había analizado esa última modalidad comisiva. Si bien es cierto que la prueba documental aportada no fue tomada en cuenta por el a quo en la fundamentación de su decisión, tal como expresó el recurrente, ello obedece a que ésta no resultaba dirimente en orden a demostrar si el imputado Rojas había efectivizado o no la conducta que oportunamente se le atribuyó, esto es, haber llevado a cabo alguno de los comportamientos típicos

exigidos por la ley de fondo para que se configure el delito de usurpación por despojo, circunstancia que, en definitiva, es la que motivó la absolución del imputado.

En ese sentido, el a quo ponderó la declaración de los nueve testigos que concurrieron al debate y entendió que «ningun[o] [...] ubic[ó] al señor Rojas dentro del campo, materializando cualquiera de las formas comisivas de es[e] delito, vale decir, la violencia, las amenazas, el engaño, el abuso de confianza y la clandestinidad» (constancia audiovisual, desde 30'41" hasta 30'57").

No pasa inadvertido que este modo de ponderar el material probatorio no es compartido por el recurrente, en función del rol procesal que desempeña. Sin embargo, este cuestionamiento no pasa de ser un criterio de interpretación probatoria diverso al del juzgador, que por sí solo no resulta suficiente para desvirtuar la decisión bajo análisis, máxime si se dieron suficientes razones para llegar a ella, tal como ocurre en autos.

Es que, según entiendo, el acusador privado pretendía demostrar, mediante la prueba documental aportada, la calidad de sujeto pasivo de su representado (como propietario, tenedor o poseedor del inmueble en cuestión) en relación al delito de usurpación. No obstante, resulta claro que, más allá de que esa circunstancia fuese probada o no, ella no implica que Rojas haya llevado a cabo alguna de las conductas típicas de la figura penal prevista en el art. 181, inc. 1 del CP; lo que en autos quedó totalmente descartado.

En otras palabras, entiendo que el a quo ha apreciado el resultado de las pruebas pertinentes, con una visión de conjunto, y pese a la valoración integrada del plexo probatorio, no pudo adquirir certeza respecto de la imputación formulada. Es por ello que comparto lo afirmado por el señor Procurador cuando sostiene que la sentencia impugnada se encuentra debidamente fundada dando motivos por las cuales no se obtuvo, pese a la discrepancia del querellante, la certeza necesaria para condenar.

En suma, la pretendida arbitrariedad alegada no se presenta en la sentencia recurrida. Antes bien, de ella surge una fundamentación ajustada a las exigencias legales, de lo que surge que resultó imposible arribar al grado de certeza requerido para sustentar los extremos de la acusación privada con las probanzas con las que ha contado en esta causa.

Por otro lado, resulta oportuno destacar que durante el desarrollo del proceso se le atribuyó a Juan Pablo Rojas el delito de usurpación por despojo en calidad de autor (constancias de fs. 292 vta.), por lo que la pretensión del acusador privado tendiente a procurar su condena como partícipe de ese delito, toda vez que «tuvo cierto grado de participación» -en palabras del recurrente-, no podía haber sido acogida por el sentenciante sin vulnerar el principio de congruencia y el derecho de defensa del imputado.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que las críticas efectuadas en relación al sobreseimiento dictado a fs. 374 y vta de estos obrados no puede ser objeto de análisis de la presente instancia por haber adquirido firmeza, conforme surge de las constancias de la causa.

Por todo lo expuesto, corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso deducido por el representante de la parte querellante.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Palermo. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el representante del querellante particular y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 510, dictada por el Juzgado Penal Colegiado N° 1 de la Cuarta Circunscripción Judicial.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro.

Capítulo IX.

Delitos contra la seguridad pública.

Tenencia. Portación.

CAPÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Tenencia. Portación.

1- ORELLANA SEPULVEDA. 10-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-		-	-	-	-	474

web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=29>

Lex: Art. 189 bis inc. 2°, 3° párrafo del CP. Art. 147 in fine del CPP.

Vox: Portación. Portación Ilegítima de Arma de Fuego de Uso Civil. Valoración de la prueba. Testigo de actuación. Firma del testigo. Nulidad. Nulidad relativa.

Summa:

El TPC N° 1 de la 2 CJ condenó al señalado a la pena de un año y ocho meses de prisión como autor responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 189 bis inc. 2 tercer párrafo del CP), mediante sentencia N° 119.

La **defensa** interpone recurso de casación y cuestiona la valoración probatoria.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 119., pronunciada por el TPC N° 1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- L.S. 428-159
- L.S. 400-240, 333-64, 407-155
- L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062

Precedentes relacionados

- Arce Alberto. 27-06-13: <https://jusmendoza.gob.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>

Parágrafos destacados.

“Ello por cuanto la nulidad que denuncia el impugnante es de naturaleza relativa según se ha dicho en forma reiterada (L.S. 416-014, entre otros), y no absoluta como él afirma, desde que se basa en la falta de firma del testigo ajeno a la repartición policial establecida por el art. 147 in fine C.P.P. del acta de procedimiento de fs. 1 y vta. y del croquis de fs. 2, nulidad que sólo debe ser opuesta bajo pena de caducidad, en la oportunidad procesal establecida por el art. 366 C.P.P. t.o. Ley 9040, lo que el quejoso no ha efectuado.” (Dr. Valerio- Preopinante)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo. Adaro

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-04461914-2/1((018601-500625)). FC/ORELLANA SEPULVEDA LUIS ANGEL P/PORTACION DE ARMAS DE FUEGO AGRAVADA (500625) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104542966*

En Mendoza, a los diez días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04461914-2/1 caratulada "Fc/ Orellana Sepúlveda, Luis Ángel p/ portación de arma de fuego agravada s/casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. José V. Valerio, segundo Dr. Omar A. Palermo y tercero Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de Luis Ángel Orellana Sepúlveda interpone recurso de casación (fs. 192/196 vta.) contra la sentencia N° 119 en tanto condena al nombrado a la pena de un año y ocho meses de prisión como autor responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 189 bis inc. 2 tercer párrafo del Cód. Penal), pronunciamiento dictado por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. José V. Valerio, dijo:

1.- Resolución recurrida

La sentencia establece que el 24 de marzo de 2018 después de las 21 horas aproximadamente, el imputado circulaba en una moto Corven 110 azul por calle 4 de General Alvear con dirección al Sur, a una velocidad importante y en los alrededores de la intersección de la arteria referida con calle E, eludió un control policial correspondiente a dos motos que estaban detenidas sobre la calzada y con las balizas encendidas, y también superó a un automóvil policial que estaba emplazado sobre calle 4, más al sur que las motocicletas. Ante eso, se inició su persecución por parte de las motocicletas conducidas por los policías Manzano e Iglesias, y cuando el primero le dio alcance, observó que el imputado sacó de la parte media de su cuerpo un elemento y lo arrojó hacia el costado de la arteria por la que circulaba, desprendiéndose de él, el que quedó en la banquina de calle 4. Momentos después Manzano alcanzó al imputado y lo cercó con la moto, obligándolo a detenerse, para luego aprehenderlo. Mientras lo controlaba el auxiliar Iglesias, Manzano se dirigió hacia donde había caído el elemento que el imputado tiró, observando que era un arma de fuego tipo revólver, por lo que dio aviso a otras autoridades policiales, requiriendo personal de policía científica, que arribó y tomó fotos del arma en el lugar, la levantaron y observaron los proyectiles que contenía en su interior, en presencia del testigo Araya Encina, que reconoció y ratificó la actuación policial.

2.- Recurso de casación

Se queja el letrado porque el a quo ha analizado erróneamente las defensas opuestas por su parte y la prueba acumulada.

Alega que la firma del testigo debe estar inserta en el acta de procedimiento y que una testimonial posterior no la valida.

Destaca que el acta en cuestión es policial y no judicial, por lo que su validez depende de la firma del testigo de actuación.

Refiere que el juez de sentencia entiende que su parte sostiene que los hechos no ocurrieron, pero que en realidad plantea que no se pueden tener por ciertos que los actos hayan ocurrido como dice el acta, ya que al no cumplir con la forma de ese acto, se lo debe excluir, incluso también el dato del que pretende dar fe el testigo y así se deja sin validez la incorporación del secuestro, como consecuencia de la teoría del fruto del árbol venenoso, dado que una condena no puede asentarse en un acto nulo, lo que justifica la absolución de su pupilo.

Se queja asimismo de la violación del principio de congruencia porque el juez de garantías dictó la prisión domiciliaria de su pupilo sin fijar las razones de detención y sin señalar de qué ha de defenderse, habiendo sido sometido a prisión domiciliaria sin contar con una atribución penal eficaz; que no se le ha enrostrado ningún tipo penal.

Indica que el testigo de actuación y el denunciante aseveran que participaron de una persecución cinematográfica y que no vieron balizas, en contra de lo que dicen los policías sobre que había un punto de detención a quienes circulaban.

Señala que la calle era de tierra, por lo que si venía rápido, con el motor bramando no podría haber circulado con un arma entre su vestimenta, sin cartuchera ni elemento de seguridad que la sujete, ya que el peso del arma es importante, lo que lleva a una situación de duda sobre la verosimilitud de la portación.

Relata que no se puede desmerecer su declaración frente a una testimonial única contrapuesta, que su indagatoria no fue descalificada, y que es una realidad que el arma fue «plantada» en el lugar, ya que el evento estaba dirigido contra el imputado; que iban a detenerlo y enrostrarle algún delito.

Apunta que no es irrazonable ver unas luces y ver balizas, y que si era cierto que el encartado circulaba con un arma y la policía tenía balizas, es ilógico pensar que iba a esperar a toparse con el control para deshacerse del arma, toda vez que pudo haber hecho eso a más distancia.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador opina que el recurso no puede prosperar, porque la defensa plantea las cuestiones que ya se trataron en el debate, y porque de autos surge que no hay duda de que el imputado tenía el arma en su poder y que la arrojó antes de ser aprehendido.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado.

Ello por cuanto la nulidad que denuncia el impugnante es de naturaleza relativa según se ha dicho en forma reiterada (L.S. 416-014, entre otros), y no absoluta como él afirma, desde que se basa en la falta de firma del testigo ajeno a la repartición policial establecida por el art. 147 in fine C.P.P. del acta de procedimiento de fs. 1 y vta. y del croquis de fs. 2, nulidad que sólo debe ser opuesta bajo pena de caducidad, en la oportunidad procesal establecida por el art. 366 C.P.P. t.o. Ley 9040, lo que el quejoso no ha efectuado.

Además, esa nulidad no puede prosperar cuando la responsabilidad penal del prevenido surge de la consideración de otros elementos probatorios, de modo que el análisis y valoración del acta objetada resulta irrelevante al momento de la definición (**L.S. 428-159**, entre otros), que es lo que ocurre en autos. Así, tal como reseña el a quo y ha podido constatarse en el marco de la presente revisión, convergen en dicha responsabilidad numerosos elementos probatorios, entre ellos la actuación de Policía Científica que da cuenta entre otros datos, del lugar donde fue encontrada el arma, sus características y el nombre del testigo de actuación; la pericia del arma, informe del Renar y del CEO, que documenta todo el relato que se ha tenido por probado; la testimonial del policía Manzano y del testigo Araya, quien no sólo confirmó los hechos tal como surgen del dictum, sino que también adujo haber sido llamado por un abogado incitándolo a que «...viniera a mentir» (acta, fs. 79 vta.) dictándose una medida de no acercamiento a él de ese sujeto, que «...se encuentra presente en los estrados de este Ministerio Público acompañando al Dr. Guillermo Rubio» (acta, fs. 80), probanzas éstas incorporadas con la conformidad del defensor (fundamentos, fs. 178 vta.).

A esto se suma, el testimonio de Muñoz que solicitó la presencia policial en su afán de proteger a su familia, según manifestó, y las declaraciones coincidentes de los funcionarios policiales, entre ellos Manzano, que observó que el encartado tiró un objeto al costado de la calle y requirió la presencia del vecino Araya para que fuera testigo del procedimiento, habiendo aseverado éste haber visto el arma, sus proyectiles y lo actuado por Policía Científica en esa oportunidad.

Este sólido cuadro cargoso demuestra que la queja encubre una mera discrepancia con el criterio con el que el a quo valoró las pruebas reunidas, y es por lo tanto, insusceptible de ser acogida, tal como se ha pronunciado esta Sala con antelación (**L.S. 400-240, 333-64, 407-155**, entre otros).

Este defecto queda evidenciado, entre otros tramos del recurso, cuando la defensa aduce que su pupilo no podría circular ligero en la moto sobre la calles de tierra, con un arma entre su ropa, o bien cuando sin más base que su opinión personal, expone que el acta que firmó el testigo Araya, fue sustituida por otra y el arma “plantada” por los efectivos policiales al solo efecto de detenerlo, disintiendo en definitiva, con el valor que se le confiere a la declaración de su asistido.

Sobre este punto, el inferior considera en virtud de la inmediatez propia del debate, que el relato del imputado sólo tiene apoyo en sus dichos, aprovechando para fundarlos escasas referencias dadas por algunos de los testigos –lo que reitera en el recurso de casación–, apareciendo su versión en definitiva como no creíble frente a la contundencia de la prueba de cargo (fundamentos, fs. 179), extremo que comparto.

Por su parte, puede prescindirse de la presunta contradicción en los dichos del encartado sobre que vio luces y luego negar que vio balizas, circunstancia que agravia al defensor y cuya dirimencia en la plataforma fáctica elaborada, es nula, ya que ante lo hasta acá desarrollado, carece de aptitud para modificarla.

Corresponde consignar que el principio de congruencia no se ha visto afectado toda vez que de autos emerge que los hechos que dieron origen a estos obrados permanecieron incólumes, y fueron los tenidos en cuenta al ordenar el juez del Juzgado Penal Colegiado N°2 de la Segunda Circunscripción Judicial, la prisión preventiva en la modalidad de prisión domiciliaria con dispositivo georeferencial, según surge de fs. sub-2 y sub-6 de los obrados acumulados mediante cuerda a este expediente principal.

Resta decir que resulta por demás impertinente a esta altura del proceso, que el defensor alegue que su parte «...ha sido sometida a una prisión domiciliaria sin contar con una atribución penal eficaz» (recurso, fs. 195), prisión que según fluye de fs. 205 se revocó al constatarse que el encausado la había violado.

Por último, el pedido de absolución por la duda tampoco puede prosperar, toda vez que ésa es la solución que ha dado este Cuerpo, cuando la motivación de la sentencia resulta ajustada a derecho y no surge el estado intelectual de duda que legitima su aplicación por parte del tribunal, lo que se ha verificado en esta causa (L.S. 419-17, 397-237, 388-024, 388-062).

Por lo tanto, y opinión concordante del Señor Procurador General, corresponde confirmar la resolución impugnada, que no adolece de los vicios endilgados ni de arbitrariedad alguna.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adherente

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo Y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión el Dr. José V. Valerio, dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercer cuestión el Dr. José V. Valerio, dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Guillermo José Rubio en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. Omar A. Palermo y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

Resuelve:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 192/196 vta. por la defensa de Luis Ángel Orellana Sepúlveda.
- 2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Guillermo José Rubio en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).
- 3.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

2- RODRIGUEZ CAVIUDO. 15-05-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-		-	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcRodriguezC.pdf

Lex: Art. 189 Bis apartado 2, 1° y 2° párrafo del CP.

Vox: Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil atenuado. Excepción por falta de acción. Error de prohibición indirecto. Inculpabilidad.

Summa:

El JPC N° 2 de la 1 CJ desestimó la excepción de falta de acción interpuesta en fecha 13 de agosto de 2018. La **defensa** interpone recurso de casación en contra de la resolución que desestimó la excepción de falta de acción interpuesta en fecha 13 de agosto de 2018, obrante a fs. 70 y sus fundamentos aportados oralmente

El **Procurador General** entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado. adhirió al planteo defensivo, abandonando el ejercicio de la acción penal, lo que sólo habilitaba a la jurisdicción en el sentido de la decisión tomada por el acusador. aconseja hacer lugar al recurso y casar la sentencia disponiendo el sobreseimiento de Isidro Juan Rodríguez Caviudo.

La **SCJM** hace lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, casa la resolución recurrida y dispone el sobreseimiento de Isidro Juan.

Resolución cuestionada: *Auto que desestima la excepción de falta de acción, pronunciada por el JPC N°2 de la 1 CJ*

Precedentes citados

a-SCJM:

- Rodríguez Lucero
- Paredes Vera
- Flores Gonzalez. 10-04-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190410_FcFGM.pdf
- Mopardo Dupox. 18-05-18: <https://jusmendoza.gob.ar/biblioteca-judicial/jurisprudencia/>
- Isgro Caprieolo
- Díaz Agüero:

b-CSJN

- Tarifeño
- Mostaccio. 17-02-04: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mostaccio-julio-gabriel-homicidio-culposo-fa04000209-2004-02-17/123456789-902-0004-0ots-eupmocsollaf>

Parágrafos destacados

“De tal manera y en atención a lo expuesto, y toda vez que al dictaminar el Procurador General se pronuncia en sentido favorable a la crítica esgrimida por la defensa, considero que al resultar éste titular de la acción penal, la acusación en contra de Rodríguez Caviudo no puede sostenerse en razón de su ausencia (en este sentido ver los precedentes «Rodríguez Lucero» y «Paredes Vera») Al respecto debe señalarse, como ya se ha dicho por este Tribunal que «la Constitución Nacional, ya en su versión de 1853-

1860, estableció como ideal normativo al sistema de enjuiciamiento penal acusatorio (arts. 24, 118 y 120 CN, entre otros)», siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien dotó de mayor precisión a la expresión a partir de los precedentes «Tarifeño» y «Mostaccio» (fallos 325:2019 y 327:120) en adelante (ver al respecto «Díaz Agüero»).” (Voto Dr. Adaro. Preopinante)

“En ese sentido, y en relación al juez y su calidad de tercero imparcial, debe destacarse que el sujeto del proceso penal debe mantenerse ajeno a la controversia de las partes, no colocándose la posición de ellos, ni desarrollar actividad alguna que pueda derivar en beneficio del interés de alguna de aquéllas. De ello se infiere que, como tercero imparcial e imparcial no puede tener iniciativa probatoria autónoma ni facultades que impliquen un impulso de la causa, puesto que implicaría una desfiguración de su naturaleza (ver al respecto «Flores González»)”(Voto Dr. Adaro. Preopinante)

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo. (Licencia)

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-04462017-5/1((018502-34644)) FC/RODRIGUEZ CAVIUDO ISIDRO JUAN P/TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE USO CIVIL (34644) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104543072*

En Mendoza, a los quince días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-04462017-5, caratulada “FC/ RODRÍGUEZ CAVIUDO ISIDRO... S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 80/83, la defensa de Isidro Rodríguez Caviudo, promueve recurso de casación en contra de la resolución que desestimó la excepción de falta de acción interpuesta en fecha 13 de agosto de 2.018, obrante a fs. 70 y sus fundamentos aportados oralmente. El pronunciamiento cuestionado fue dictado por la Dra. Miriam Moltó del Juzgado Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, en autos N° P-34.644/18. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso, no hizo lugar a la excepción de falta de acción promovida por la defensa. En la presente causa se atribuyó a Isidro Rodríguez Caviudo el delito de tenencia ilegítima de arma de fuego. Al llevarse a cabo la audiencia de acusación, el defensor planteó una excepción de falta de acción al considerar que ésta no podía proseguir por entender que su defendido se encontraba en un error de prohibición sobre la causal de justificación. Corrida vista a la representante del Ministerio Público Fiscal, ésta consideró que le asistía razón al defensor. La jueza no acogió la excepción planteada al considerar que no se daban los presupuestos que dispone el art. 19 inc. 2 del CPP, en tanto que consideró que el supuesto planteado por la defensa no se trataba de una excepción de falta de acción. Expresó que el art. 19 inc. 2 del CPP se refiere a cuestiones de índole procesal y no de fondo.

Agregó que en el supuesto de que la representante del Ministerio Público Fiscal entendiera que no existían elementos suficientes para mantener como probable la existencia del «dolo, conocimiento y el tipo», no debía mantener la acusación. Finalmente, señaló que proceder de manera contraria implicaría forzar la ley procesal.

II.- Recurso de casación

A fs. 80/83 se encuentra agregado el recurso de casación promovido por el defensor de Isidro Rodríguez Caviudo a tenor de las previsiones del art. 474 inciso 2 del CPP. Sostiene que el Tribunal a quo dejó de aplicar al caso los arts. 34 inc. 1 del Código Penal y 417 quinquies del CPP, no obstante que se encontraba probado en autos la existencia de un error de prohibición indirecto que obsta a la culpabilidad. Señala la dinámica que tuvo la audiencia de acusación llevada a cabo para ilustrar en relación a la no aplicación del art. 417 quinquies del Código Procesal Penal.

Refiere que una vez abierta la audiencia por la jueza la Ayudante Fiscal concretó la acusación y, conferida la vista a la defensa se señaló que la acción no podía ejercerse ya que en la subcausa se encontraba

probada la existencia de un error de prohibición indirecto acerca de la causal o del estado de justificación que afectaba al imputado. Añade que la representante del Ministerio Público Fiscal luego de escuchar el planteo consideró que le asistía razón y adhirió a aquel.

Así, manifestó que de una relectura de las actuaciones postulaba la existencia del error de prohibición indirecto en el imputado, por lo que reformuló su criterio y dejó de ejercer la acción penal. No obstante, la jueza no acogió lo peticionado y ejerció la jurisdicción sin contar acción penal ejercida. Entiende que el tribunal no puede apartarse de la petición liberatoria de la Fiscalía, caso contrario el sistema procesal penal en lugar de transitar por la mayor progresión de la vigencia del acusatorio retornaría a épocas pretéritas.

Considera que el tribunal recurrido debió haber dictado de inmediato el sobreseimiento del imputado y que resulta claro que la jueza se apartó de su necesario rol imparcial, pues ante la falta de instancia de la acción penal se apropió de la misma y continuó en su ejercicio subrogando en su posición procesal al acusador público.

Manifiesta que ninguna de las razones esgrimidas por el tribunal recurrido en la resolución cuestionada permiten sortear esta grave anomalía. Señala que el Tribunal construyó su razonamiento en base a tres premisas falsas: a) todas las excepciones de falta de acción son dilatorias; b) todas las excepciones de falta de acción, solo pueden sustentarse en razones de forma y no en cuestiones de fondo; y, c) la formulación de una acusación fiscal es definitiva e irrevocable.

Por lo señalado solicita se revoque la decisión, se declare la existencia de un error de prohibición indirecto y se disponga el sobreseimiento del acusado.

III. Dictamen del señor Procurador General

A fs. 99/100 se encuentra agregado el dictamen del señor Procurador General. Resume los agravios promovidos y considera que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado. Explica que, más allá del argumento del tribunal al rechazar la excepción, lo cierto es que el Ministerio Público Fiscal se allanó a la pretensión defensiva por entender que se encontraba probado el error de prohibición indirecto en cabeza del imputado, lo que afectaba el reproche penal en cuanto a su culpabilidad. Así adhirió al planteo defensivo, abandonando el ejercicio de la acción penal, lo que sólo habilitaba a la jurisdicción en el sentido de la decisión tomada por el acusador.

Señala que el titular del ejercicio de la acción penal puede retractarse en cualquier momento de ejercerla cuando su convicción sobre la materialidad del hecho o la responsabilidad penal no se encuentra consolidada para decidir su impulso en las distintas etapas del proceso penal.

Tal solución surge, a criterio del Procurador General, de las características propias del proceso acusatorio adversarial que rige en el procedimiento penal mendocino. Por todo lo expuesto aconseja hacer lugar al recurso y casar la sentencia disponiendo el sobreseimiento de Isidro Juan Rodríguez Caviudo.

IV- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Examinado el recurso de casación formulado por el defensor técnico de Isidro Rodríguez Caviudo y la audiencia y los fundamentos de la resolución en ella adoptada registrada en sistema audiovisual, anticipo mi opinión en el sentido de que corresponde acoger el recurso casatorio promovido y casar la resolución cuestionada disponiendo el sobreseimiento del imputado. En primer lugar he de señalar que conforme el avoque obrante a fs. 17 a Isidro Juan Rodríguez Caviudo se le atribuye el delito de tenencia ilegal de arma

de fuego de uso civil atenuado (art. 189 bis, apartado 2, 1° y 2° párrafo del Código Penal). El hecho intimado consiste en que «el día 25 de abril de 2.018, siendo aproximadamente las 10.30 hs. en el domicilio sito en Barrio México M-I C-18 Coquimbito, Maipú, Mendoza, se realizó un allanamiento en el marco de la investigación de la causa 33.578/18, ocasión en la que fue hallada en la habitación donde pernocta el Sr. RODRIGUEZ CAVIUDO, ISIDRO JUAN, más precisamente entre el colchón y su cama, se encuentra un arma de fuego tipo revólver de calibre 22 largo, número fabril 7695, siendo que posteriormente el sindicado entrega autorización de tenencia de arma de uso civil N° 1-08158756-501 a nombre de Isidro Juan Rodríguez LE N° 08.158.756 de fecha 03/02/1988 y formulario de adquisición de armas de uso civil de casa Monforte de fecha 11/01/1988 y factura de compra N° 131 de casa Monforte de fecha 11/01/1988 ». En fecha 13 de agosto de 2.018 se llevó a cabo audiencia de acusación en autos P-34644/18. En esa oportunidad, luego de haber formulado acusación la representante del Ministerio Público Fiscal, el defensor oficial promovió excepción de falta de acción.

Concretamente, conforme se desprende del registro audiovisual, el titular de la Sexta Defensoría de Pobres y Ausentes planteó que respecto de su defendido existía una excepción de falta de acción y de exclusión de la pretensión penal a tenor del art. 19 inc. 2 del CPP (a partir del minuto 4.45), puesto que aquella no podía proseguir.

Explicó que surgía de las actuaciones una causal de inculpabilidad, un error de prohibición indirecto, relativo a la causal de justificación. Así refirió que el autor en este caso no obra en desconocimiento de la prohibición, sino que actúa en el convencimiento de hallarse cubierto por una causal de justificación. El error versa sobre la autorización para tener el arma, en tanto el acusado creyó estar autorizado.

Fundó su postura en que ni bien se llevó a cabo el allanamiento el imputado entregó de modo espontáneo e inmediato la autorización de tenencia a su nombre y formulario de adquisición de arma y boleto de compraventa de casa Monforte. De ello infirió que el imputado sacó el arma del lugar de compra desde la casa de comercio con autorización legal.

De tal circunstancia se sigue, a criterio de la defensa que Rodríguez Caviudo actuó convencido de que no cometía delito alguno.

Expresó que cuenta con setenta años de edad y sólo ha recibido educación primaria y, por ello, no está en condiciones de conocer modificaciones normativas que luego ocurrieron y quitaron vigencia al estado legal que tenía. De tal manera considera que no era posible exigirle que se motivase en la norma.

Así, si bien la acción atribuida es típica y antijurídica, no se le podía exigir al acusado la representación de otra conducta, ni la automotivación en los valores de la norma, pues ha creído que estaba autorizado y, por ello, debía excluirse el juicio de culpabilidad. Corrida vista a la representante del Ministerio Público Fiscal, ésta consideró que le asistía razón al defensor oficial. Señaló las modificaciones legislativas relacionadas con el delito de la tenencia de armas y que el imputado había comprado aquella veinte años atrás.

Valoró las circunstancias –haber guardado las boletas por todo ese tiempo–, y consideró que no se verificaba actuar doloso y que, en todo caso, el hecho sería una falta administrativa (a partir del minuto 11:31). Al resolver la jueza señaló que no era procedente la excepción de falta de acción propugnada.

Consideró que no podía forzarse la ley para adecuar la situación de autos. Entendió que la enumeración del art. 19 del CPP es taxativa y no se refiere a las circunstancias que alude la defensa. Manifestó que la norma alude a cuestiones de índole procesal, y que la defensa hace referencia a cuestiones de fondo o acreditación de elementos del delito.

Ponderó que momentos antes la representante del Ministerio Público Fiscal había sostenido la acusación y luego de escuchar a la defensa, señaló que no se daban los elementos del tipo.

Así, entendió que las circunstancias planteadas son cuestiones que hacen a la probanza y deben resolverse en debate, formulando los cuestionamientos y acreditaciones que sean necesarios.

Así si el Ministerio Público Fiscal consideraba que no tenía elementos suficientes no debía mantener la acusación (minuto 12:54).

Ahora bien, como anticipé el recurso casatorio interpuesto debe prosperar y en consecuencia, corresponde en esta instancia dictar el sobreseimiento del imputado, puesto que le asiste razón al recurrente en lo nuclear de sus planteos.

En efecto, refiere el defensor que en la presente causa la jueza asumió el rol de acusador que había sido abandonado por el Ministerio Público Fiscal y, conforme se desprende de la reproducción del video grabado en esa oportunidad, ello fue lo que ocurrió.

Esto es así por cuanto, no obstante la a quo puso de resalto que la representante del Ministerio Público Fiscal había formulado acusación soslayó que a renglón seguido, luego de escuchar y compartir el planteo defensivo, abandonó la pretensión persecutoria.

En refuerzo de tal argumento se expide el Procurador General quien, lejos de separarse de las manifestaciones de la ayudante fiscal, considera que corresponde hacer lugar al recurso, casar la sentencia y sobreseer al imputado.

Ello en tanto considera que el titular del ejercicio de la acción penal puede retractarse en cualquier momento de ejercerla y en esos casos el tribunal no tiene más alternativa que dictar el sobreseimiento del imputado.

De tal manera y en atención a lo expuesto, y toda vez que al dictaminar el Procurador General se pronuncia en sentido favorable a la crítica esgrimida por la defensa, considero que al resultar éste titular de la acción penal, la acusación en contra de Rodríguez Caviudo no puede sostenerse en razón de su ausencia (en este sentido ver los precedentes «Rodríguez Lucero» y «Paredes Vera») Al respecto debe señalarse, como ya se ha dicho por este Tribunal que «la Constitución Nacional, ya en su versión de 1853-1860, estableció como ideal normativo al sistema de enjuiciamiento penal acusatorio (arts. 24, 118 y 120 CN, entre otros)», siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien dotó de mayor precisión a la expresión a partir de los precedentes **«Tarifeño»** y **«Mostaccio»** (fallos 325:2019 y 327:120) en adelante (ver al respecto **«Díaz Agüero»**).

A mayor abundamiento he de señalar que el juez no puede asumir el rol de parte impulsando el proceso cuando el órgano predispuerto –Ministerio Público Fiscal– optó por no hacerlo, pues pese a que éste inicialmente mantuvo la acusación, luego atendió las razones brindadas por el defensor y adhirió a su criterio.

En ese sentido, y en relación al juez y su calidad de tercero imparcial, debe destacarse que el sujeto del proceso penal debe mantenerse ajeno a la controversia de las partes, no colocándose la posición de ellos, ni desarrollar actividad alguna que pueda derivar en beneficio del interés de alguna de aquéllas.

De ello se infiere que, como tercero imparcial e imparcial no puede tener iniciativa probatoria autónoma ni facultades que impliquen un impulso de la causa, puesto que implicaría una desfiguración de su naturaleza (ver al respecto **«Flores González»**)

En este orden esta Sala ha señalado, al dar tratamiento al rol que debe cumplir el juez en un sistema de enjuiciamiento orientado al modelo acusatorio-adversarial, que «[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que

se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal.

La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso» (ver «**Mopardo Dupox**»).

Como se refirió el desistimiento operado genera una barrera infranqueable para el juzgador en esta instancia. Ello así por cuanto el Procurador General al dictaminar asumió la misma posición que la ayudante fiscal en la audiencia de acusación, de manera tal que no resulta posible, sin menoscabo para el sistema acusatorio, ejercitar la acción penal en la presente causa toda vez que se trata de un supuesto de falta de acusación (ver «**Isgró Caprioli**»).

Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Isidro Juan Rodríguez Caviudo debe ser acogido.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, y por razones de economía procesal, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, casar la resolución cuestionada y disponer el sobreseimiento de Isidro Juan Rodríguez Caviudo en autos N° P34644/18 en relación al delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil atenuado (art. 189 bis, apartado 2, 1° y 2° párrafo del Código Penal).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 80/83 de autos y, en consecuencia casar la resolución recurrida y disponer el sobreseimiento de Isidro Juan Rodríguez Caviudo en autos N° P 34644/18 en relación al delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil atenuado (art. 189 bis, apartado 2, 1° y 2° párrafo del Código Penal).

2.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 15 de mayo de 2019.-

3- PINNAVARIA. 05-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														207
														330
-	-	-	AFC	-	-	-	A	-		-	-	-	-	416

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcPinnavaria.pdf

Lex: Art. 189 inc. 2°, 4° párrafo en función con el 5° párrafo; 34 inc. 1°, 4°, 6° y 7 del CP. Art. 474 incs.1 y 2 del CPP. Arts. 207, 330, 416 inc. 3°, 4° y 5° del CPP.

Vox: Portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada. Nulidad. Autoincriminación. Derecho de no declarar contra sí mismo. Error de prohibición. Causas de justificación.

Summa:

La Excm. **Primera Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de dos años y cuatro meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional, pago de costas e inhabilitación especial para ser legítimo usuario de arma de fuego por el plazo de cuatro años y ocho meses, como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada. (art. 26, 29 inc. 3° y 189 bis, apartado 2, cuarto párrafo en función con el quinto párrafo del Código Penal).

La **defensa** interpone recurso de casación, solicita declaración de nulidades y cuestiona la valoración probatoria

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 7815, pronunciada por el 1° CC- 1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- De Pellegrini

b-CSJN

- Fallos 325:1404.

Parágrafos destacados

Del voto preopinante “Al respecto, cabe mencionar que aquellas expresiones vertidas ante la autoridad judicial por quien resulta víctima de un hecho delictivo, siempre que no resulten determinadas por maniobras coactivas o coercitivas de parte de quien las recibe, lucen como fruto de una voluntad libre y espontánea de quien decide colocarse en el rol de denunciante...Es precisamente esa libertad en la comunicación de un mero dato de la realidad de la que él formó parte en su calidad de víctima, lo que impide reconocerle el pretendido carácter autoincriminatorio que, de concretarse, lesionaría el derecho a no declarar contra sí mismo reconocido en el texto constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional), y también en instrumentos internacionales, a saber: la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.G., en que señala el «derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable»; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.3.G.; por el que se

prescribe que «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad [...] a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».”

Del voto preopinante “Por último, conviene agrupar en este punto de análisis, la pretendida justificación de la acción ejecutada por el acusado, a los términos de las causales previstas en la norma sustantiva, a saber: a) ejercicio de un cargo (art. 34, inc. 4° del C.P.); b) legítima defensa propia y de terceros (art. 34, inc. 6° y 7° del C.P.). En primer lugar, respecto de la asimilación del comportamiento reprochado a la figura del «arresto ciudadano», en cuya virtud el imputado habría actuado en razón de una autorización legal, establecida por el ejercicio de un cargo por equiparación a funcionario público, debo señalar que, aún cuando se configurara la situación del art. 291 del C.P.P., ello no importa justificar portaciones ilegales...A su vez, la falta de actualidad en la reacción defensiva del imputado, ya que en sus dos versiones de los hechos dijo que actuó contra los asaltantes cuanto éstos se estaban dando a la fuga, impide por completo que el comportamiento de Pinnavaría pueda ser encuadrado como legítima defensa. Al respecto debe repararse que el comportamiento prohibido es anterior, por lo que eventualmente, lo que se puede justificar es la reacción, pero no una portación ilegítima.”

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Llorente.

(A.Y.)

Fallo:

CUIJ: 13-04237041-4/1((010501-100078)) FISCAL C/ PINNAVARIA MARTIN ROBERTO OSCAR " COMPULSA EN AUTOS P42327/15." (100078) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104306669*

En Mendoza, a los cinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04237041-4/1 caratulada "F. C/PINNAVARIA MARTIN, ROBERTO OSCAR P/PORTACIÓN ILEGÍTIMA DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA ATENUADA S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero el DR. PEDRO J. LLORENTE. A fs. 266/277 vta., los defensores del acusado interponen recurso extraordinario de casación contra la sentencia N° 7.815 de fecha 15 de setiembre de 2.017 (fs. 190) y sus fundamentos (fs. 192/251) en cuanto condena Roberto Oscar Pinnavaría Martín a la pena de dos años y cuatro meses de prisión con los beneficios de ejecución condicional, pago de costas e inhabilitación especial para ser legítimo usuario de arma de fuego por el plazo de cuatro años y ocho meses, como autor penalmente responsable del delito de portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada que se le atribuye en el marco de los autos N° P-100.078/15 (art. 26, 29 inc. 3° y 189 bis, apartado 2, cuarto párrafo en función con el quinto párrafo del Código Penal); pronunciamiento dictado por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre honorarios y costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La resolución recurrida

La entonces Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, actuando en Sala Unipersonal N° 3, llegó a la certeza necesaria para condenar al enjuiciado por el delito y en la medida individualizada ut supra. Para así resolver, el tribunal a quo tuvo por acreditada la materialidad de los hechos y la responsabilidad criminal que en ellos le cabe al imputado, en los mismos términos que integran la propuesta formulada por la acusadora pública en sus alegatos de clausura. De esta manera, y teniendo en consideración lo expresado en tal oportunidad por la representante fiscal (fs. 172 y 201), surge que el juez de sentencia consideró probado que «[...] el día 06 de abril de 2015, siendo aproximadamente las 13.30 hs., Roberto O. Pinnavaría Martín se encontraba en la panificadora Maná, ubicada en calle Olascoaga y San Luis de Las Heras, cuando arribaron cuatro sujetos munidos de un arma de fuego, permaneciendo dos de ellos fuera e ingresando al local los otros dos, oportunidad en que le exigieron al nombrado que entregara sus pertenencias (hecho que se investiga en los autos P-42.327/15), quienes luego se dieron a la fuga, oportunidad en que el imputado extrajo un arma de fuego tipo revólver, marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, con inscripción Taurus en sus cachas, con número 43666 en la zona inferior del lateral izquierdo de la empuñadura, y número D922241 en la base de la empuñadura, con la que efectuó al menos un disparo hacia los asaltantes, sin contar con la debida autorización para portar dicha arma» (fs. 192 vta./193).

Tales hechos, como lo adelantara, fueron jurídicamente calificados bajo la figura de la portación ilegítima de arma de fuego de guerra atenuada, a los términos del art. 189 bis, apartado segundo, cuarto párrafo en función con el quinto párrafo del Código penal. Para así decidir, luego de analizar las pruebas incorporadas y producidas en debate, consideró probada la autoría y responsabilidad del imputado en los hechos por los que fuera acusado, esto es, que a la fecha del hecho (06/04/15), el señor Pinnavaría no estaba autorizado a portar armas de fuego en ninguna de sus categorías, siendo esta circunstancia plenamente conocida por el mencionado, ya que en todas las presentaciones que hizo ante el ReNAr a partir del 19/08/14 solicitando un permiso excepcional para portación, fueron rechazadas y notificadas. A tal fin tuvo especialmente en cuenta para la evaluación de la presente causa la denuncia que el acusado efectuara del robo sufrido en el local comercial, hechos que se investigan en autos N° P-42.327/15 (fs. 2/5). Además valoró: a) las declaraciones testimoniales de Alejandro Rogelio Pelliza, miembro delegado en Mendoza de la ANMaC, del Of. Ayte. Eduardo Amaya Quiroga, y de Mauricio Lescano, quien se desempeñaba como empleado del imputado; b) prueba documental que rola agregada a fs. 7/8, acta de procedimiento de fs. 9/10, acta de secuestro de fs. 15, informe del ReNAr de fs. 39, informes de División Balística Forense (fs. 23/27; fs. 40/41; fs. 43/45); y los diversos informes agregados en el legajo que corre por cuerda separada a los presentes.

2.- El recurso de casación

Contra ese acto procesal, la defensa del enjuiciado interpone recurso extraordinario de casación con motivo en las previsiones del art. 474 inc.1° y 2° del Código Procesal Penal, esto es, debido a la presencia de vicios in iudiando e in procedendo, en base a los argumentos que serán detallados en los puntos que a continuación se expresan.

2.1.- Desde el punto de vista formal, los recurrentes señalan que la sentencia es nula por omisión de pronunciamiento, incongruencia y falta de motivación suficiente, y, además, por haber prescindido de valorar pruebas decisivas, asignándoles mayor peso probatorio a elementos que no fueron incorporados legalmente al debate.

a.- Por un lado, expresan que todas estas actuaciones tienen por inicio un acto procesal que resulta nulo, de nulidad absoluta. En efecto, consideran que los presentes se iniciaron a partir de la extracción de compulsas de la investigación que se realizara en el marco de los autos N° P-42.327/15, en que se investiga la presunta comisión de un ilícito donde el imputado resultó víctima.

De este modo, la denuncia que obra en ese expediente, resultó ser autoincriminatoria, por lo que no sólo ella resulta nula, sino además, la misma sanción le cabe a todas las actuaciones que se sucedieron a partir de ella, en tanto toda la investigación fiscal que rola agregada en esta causa es copia fiel de los originales donde Pinnavaría fue denunciante.

Además, en función de la regla de exclusión probatoria, toda la prueba colectada tampoco debió ser tomada en cuenta en la sentencia puesta en crisis, ya que la defensa no participó en su producción (art. 207 del C.P.P.).

Por lo tanto, si el denunciante no incurre en responsabilidad alguna ni resulta parte del proceso (art. 330 del C.P.P.), esa denuncia no podía ser válidamente tomada por el Ministerio Público Fiscal para imputarle delito alguno o, al menos, no pueden ser esos dichos en los que se base la sentencia que lo condena.

Además, descartan que existe identidad entre el arma que fue secuestrada con aquella por cuya numeración se pidieron informes al Registro Nacional de Armas, lo que también conforma una causal de nulidad, ya que no fue el arma que se utilizó en el hecho aquí investigado.

En este sentido, refieren que esta situación que fuera advertida por el juzgador en la apertura del debate, le causó un grave perjuicio al imputado, ya que el pedido de informes con una numeración errónea, fue el motivo que generó que la autoridad administrativa le suspendiera la portación de arma porque el número no estaba registrado.

Que ello no habría sido resuelto en los fundamentos de la sentencia, ni resuelto en su parte dispositiva. Por último, cuestionan que se haya incorporado extemporáneamente un elemento de prueba, al que se le asignó un alto valor probatorio.

De esta manera, la sentencia es nula a tenor de lo previsto en el art. 416 inc. 3 del rito penal, ya que no debió valorar la causa “De Pellegrin” originaria de la Segunda Cámara del Crimen, cuyo pronunciamiento sobre la cuestión debatida en instancia de apelación, contara luego con la confirmación de este Cuerpo.

b.- Por otro lado, denuncian que la valoración de la prueba es arbitraria y contradictoria, que no permite probar que el arma haya estado cargada, ni tampoco que el imputado la hubiera disparado. En esta línea, advierten que resulta ilógica la manera en que la sentencia interpreta la declaración del policía Amaya, especialmente en cuanto sostuvo que no pudo comprobar la existencia de rastros vítreos, ni de orificios de impacto o de vainas servidas. Con lo cual, resulta correcto afirmar que no hubo disparos. Conclusión a la que agregan la ausencia en el expediente de una pericia mediante la que se haya comprobado que el arma secuestrada habría sido disparada de manera reciente al hecho, situación que impide saber con certeza si Pinnavaría ejecutó realmente esa acción.

Estiman contradictoria la interpretación de la declaración del imputado, ya que por un lado, el sentenciante pone en duda sus dichos sobre que haya disparado, ante la ausencia de rastros que así lo demuestre, pero, al mismo tiempo, le otorga valor a la parte de sus dichos en cuanto dijo que portó el arma. De allí que, salvo una denuncia que es nula, no existe otro elemento que permita válidamente concluir –como lo hace la sentencia–, que el imputado portó el arma, poniendo de este modo en riesgo la seguridad pública.

2.2.- Desde el punto de vista sustancial, señala que el tribunal ha aplicado erróneamente las normas contenidas en ley nacional de armas, como también algunas contenidas en el Código Penal.

Sobre la reglamentación específica en materia de armas, discrepa con la sentencia respecto del uso de un cargador rápido para munición. Al respecto, destaca que la utilización de este elemento, primero no resulta prohibido por la legislación, y segundo, tampoco convierte el transporte en portación, como lo sostiene el sentenciante. De acuerdo a las circunstancias del hecho, no existió hasta el momento en que realizó toda la operación de carga, posibilidad alguna de hacer un uso inmediato del arma de fuego, por lo que su asistido no portó, sino que sólo la transportó. En segundo lugar, entienden los recurrentes que la acción del imputado estaría justificada a los términos del art. 34 inc. 1°, 4°, 6° y 7° del Código Penal. Aducen la existencia de error en el conocimiento del imputado sobre la falta de autorización para portar armas, lo que eliminaría la antijuridicidad de su comportamiento en los términos del art. 34 inc. 1° del C.P. Sostienen que el tribunal debió valorar que el Pinnavaría manifestó que no sabía que no estaba autorizado a portar el arma, porque estaba convencido que mientras el ReNAr no le notificara el rechazo a su solicitud, su acción era legítima.

Es decir, si bien tenía su credencial vencida, Pinnavaría había solicitado su renovación mediante un recurso de reconsideración, creyendo que mientras no se expidiera la autoridad competente al respecto, sea admitiendo o rechazando el pedido, estaba legítimamente autorizado a la portación.

Desde allí es que sostiene que el tribunal de sentencia debió absolver al imputado, ya que quedó demostrado que incurrió en un error sobre la significación normativa de la caducidad o vencimiento del

permiso, lo que determinó un error sobre la ilicitud de la acción desarrollada. Con relación al art. 34 inc. 4° del C.P., alegan que puede aplicarse la causa de justificación basada en el ejercicio de un cargo, ya que se trata de un caso que puede identificarse con la figura del arresto ciudadano, previsto y amparado no sólo en el art. 17 de la Constitución de Mendoza, sino además en el art. 291 de la ley formal –aprehensión privada en flagrancia–.

Expresan que el accionar del imputado encuadra también en la legítima defensa propia y de terceros (art. 34 inc. 6° y 7° del C.P.), ya que el imputado pretendió el arresto ciudadano intentando recuperar la suma de dinero que le sustrajeron, además de aquellos bienes que les robaron a las personas de la panadería. Señalan que si bien en autos se dan todos los requisitos previstos para su aplicación –agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y, por último, necesidad racional del medio empleado–, ello no fue siquiera considerado por el a quo.

En virtud de lo cual, entendiendo que todas estas valoraciones se encuentran viciadas, solicita la nulidad de la sentencia en crisis a los términos del art. 416 incs. 3°, 4° y 5° del Código Procesal Penal. Formula reserva del caso federal.

3.- El dictamen del Procurador General

A fs. 2052/2053, el señor Procurador General, tras reproducir los agravios formulados y evaluar la procedencia sustancial del recurso de casación interpuesto, aconseja su rechazo y la confirmación de la sentencia recurrida.

Luego de aclarar que el planteo defensivo fue desestimado por el a quo, y que los impugnantes pretenden una revisión ex novo de todo aquello que fuera ya tratado y resuelto en la resolución atacada, descarta la existencia de vicios que provoquen la nulidad pretendida, como también de arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Con relación a los vicios in procedendo, respecto de la nulidad del acta y la manda del art. 330 del C.P.P., descarta que se trate de una denuncia de tipo autoincriminatoria, porque se trató de la comunicación espontánea de un dato de la realidad, como fue que el ahora imputado y antes denunciante, comunicó que no se encontraba autorizado para la portación del arma en cuestión, y es por ello que esa información quedó plasmada en el expediente sin que se le haya impuesto, en tanto la información es aportada voluntariamente por el encartado.

Respecto de la cuestión vinculada a la identidad del arma, descarta todo tipo de duda. Señala que el argumento de la defensa es un intento para agregar incertidumbre, basado en un error en cuanto a los primeros pedidos de informe que se hicieron con un número de modelo del arma en cuestión, pero que luego se realizó con el verdadero número que se hallaba grabado en la parte metálica del arma.

A lo que agrega que también debe descartarse el que el pedido de informes erróneo haya causado el perjuicio aludido, ya que la falta de autorización para la portación se debe a causales expresamente indicadas en la resolución respectiva, la que es anterior a los pedidos de informes. Sobre la incorporación de prueba de modo extemporáneo, y la pretendida nulidad de la sentencia por esa causa, señala que la jurisprudencia a la que puede acudir el tribunal para fundar una resolución, no es «prueba», sino el material con que ilustra su entendimiento a los fines de una mejor decisión; aún cuando la fórmula usada en la sentencia sea poco feliz, el hecho que se referencie como prueba lo que por naturaleza no lo es, no puede generar la consecuencia pretendida por la defensa.

En cuanto a la configuración del delito, descarta que tengan relevancia las afirmaciones referidas a si los sujetos que ingresaron al local comercial donde se encontraba el acusado, le habrían efectivamente

disparado o no, como si la conducta delictiva se venía produciendo antes que aquel esgrimiera el arma, ya que se trata de cuestiones que no son dirimentes.

En este sentido, expresa que el tribunal está autorizado a considerar que Pinnavaría disparó el arma, porque él mismo así lo dijo, y, además, porque la prueba objetiva habla de un tambor de revólver con seis vainas servidas, es decir, percutadas. Lo mismo con relación a la controversia sobre portación o transporte del arma, toda vez que probado que el arma fue esgrimida y disparada por el imputado, las demás circunstancias antecedentes o concomitantes no hacen al núcleo causal del delito. Rechaza la aplicación de las causales de justificación alegadas por la defensa, ya que en la sentencia se explicitan de manera adecuada sus falencias para ser configurativas de un permiso para actuar contra la ley.

Al respecto, descarta la posible existencia de un error de prohibición (art. 34, inc. 1° del C.P.), ya que considera que ello no es aceptable para un ciudadano como el acusado, que ha tramitado en muchas oportunidades credenciales de tenencia de armas, de legítimo usuario de armas y de portación de armas. A lo que agrega que si la autorización fue rechazada, no existe autorización para portación, lo que no se modifica con la sola presentación de una reconsideración, hasta que ella no sea admitida. Descarta la analogía pretendida del caso de autos con lo resuelto en mediante el fallo citado por la defensa («De Pellegrin»).

Advierte sobre las diferencias en ambos pronunciamientos, dado que mientras que en el antecedente referido, el Tribunal entendió que la falta de autorización por vencimiento de la misma y falta de observación de esa circunstancia por el agente, no afectó la seguridad pública en tanto el arma se llevaba en un vehículo; en autos, esa circunstancia no se verifica, ya que el imputado portó y disparó el arma, creando un peligro real para la seguridad pública.

Excluye que el imputado haya estado autorizado legalmente para desconocer la ley por el ejercicio de un cargo por equiparación a funcionario público, que la jurisprudencia ha asimilado a la figura del arresto ciudadano (art. 34, inc. 4° del C.P.), señalando que pese a su denuncia, la defensa no expresa en qué consiste el error de valoración del tribunal, ni tampoco cómo en autos se darían las condiciones que permitan su asimilación con la aprehensión en flagrancia.

Por último, sobre la pretendida aplicación de la legítima defensa propia o de terceros (art. 34, inc. 6° y 7° del C.P.), entiende que debe ser descartada ya que en ninguna de las dos versiones del hecho manifestadas por el imputado, se da el requisito de que la defensa haya sido actual; aspecto que invalida todo tipo de intento defensivo que se proponga al respecto.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso de casación articulado debe ser rechazado en tanto no logra desvirtuar la validez de la sentencia condenatoria impugnada.

En este sentido, advierto que la estrategia de los recurrentes consiste, fundamentalmente, en reeditar en esta instancia de revisión, todos los cuestionamientos que ya fueran propuestos con anterioridad, sin que pueda vislumbrarse la incorporación de algún elemento con la decisividad requerida para modificar el razonamiento jurisdiccional.

Es que, si bien la defensa reversiona sus argumentos, haciéndolo ahora a modo de agravios casatorios, lo cierto es que tampoco logra brindar una explicación alternativa que permita desacreditar las conclusiones alcanzadas por el a quo respecto a la materialidad del hecho y la responsabilidad del acusado. Dicho ello, conviene ahora ingresar en el tratamiento de los vicios expuestos por la defensa.

Para lo cual, de acuerdo a intereses metodológicos y de prolijidad en el análisis, principiaré el estudio respecto de las nulidades promovidas, ya que con ellas se cuestiona la validez del inicio de los presentes. Luego de ello, y para el caso en que este primer aspecto resulte descartado, en una segunda etapa de análisis, se atenderán los vicios de procedimiento alegados, relativos a la valoración de los distintos elementos de prueba colectados. Por último, a la luz de las pretensiones defensivas, se controlará el acierto –o desacierto– del tribunal de sentencia al rechazar la aplicación de aquellas causas de justificación previstas por la norma sustantiva.

4.1.- Acerca del origen nulo del proceso judicial

Los defensores insisten en criticar la sentencia señalando la existencia de una irregularidad en el inicio del proceso que culminó con la condena a su representado.

Desde su visión, y resultando las presentes actuaciones una compulsión de aquellas agregadas en la causa en que se investiga la presunta comisión de otro delito –robo– por el cual el hoy imputado resultó víctima y denunciante, todo lo aquí actuado sería nulo de nulidad absoluta, porque se deriva de una denuncia autoincriminatoria.

Ese carácter resultaría de la utilización por parte del representante fiscal, de las manifestaciones efectuadas por Pinnavaria en el marco de lo que fue su denuncia del hecho sufrido, lo que impide que sus términos puedan servir para imputar luego, como sucedió en autos, delito alguno, en tanto supone controvertir disposiciones constitucionales (art. 18 de la C.N., en cuanto determina que «[...] nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo[...]») y procesales (art. 330 del C.P.P.).

Por lo que, a tenor de lo previsto por el art. 207 del rito penal, y tratándose la investigación de autos de una copia fiel de aquellas medidas ordenadas en el marco del otro expediente, los efectos de la nulidad de la denuncia se proyectan sobre todo lo aquí actuado. Puestos a considerar los argumentos en que se sustenta este agravio, conforme lo adelantara, entiendo que no le asiste la razón a los recurrentes por diversas razones. Veamos.

4.1.1.- En primer lugar, debo anticipar que haciendo un repaso de las presentes actuaciones, se observa que es la tercera vez que la defensa ensaya el mismo cuestionamiento. Es que resulta que este planteo nulificadorio fue formulado, por primera vez, al momento de la oposición a la elevación a juicio (ver fs. 70/71 vta.), cuestión que fue rechazada por el Fiscal de Instrucción (fs. 72/73) y por el titular del Quinto Juzgado de Garantías al dictar el auto de citación a juicio (fs. 75/79); y luego, al momento de formular los alegatos de clausura del debate oral, lo que determinara su abordaje y resolución por el tribunal de juicio, siendo sus conclusiones compartidas en esta instancia.

Esta reedición fue uno de los argumentos utilizados debidamente por el tribunal de sentencia para descartar la nulidad alegada, al considerar que «[la] solución propuesta por el juzgado de garantías devino firme al no ejercer la parte afectada la vía recursiva, lo que implica la preclusión de ese planteo».

Sin perjuicio de ello, también acierta cuando somete a tratamiento la cuestión debatida, ya que advirtió que se trata de un tema que puede llegar a afectar «[...] garantías raigales del imputado que pueden perjudicar su legal intervención en el proceso» (fs. 217).

En segundo lugar, ingresando al análisis sustancial del tema propuesto por los recurrentes, considero que su rechazo se impone, más allá de lo relativo a la oportunidad procesal, desde que existen razones de peso que permiten descartar, del mismo modo que lo hace la sentencia, el carácter autoincriminatorio de la denuncia cuestionada, como también para ratificar la legalidad de todas las actuaciones producidas con posterioridad, y que permitieron obtener los elementos de prueba necesarios para sustentar la condena criticada.

Al respecto, cabe mencionar que aquellas expresiones vertidas ante la autoridad judicial por quien resulta víctima de un hecho delictivo, siempre que no resulten determinadas por maniobras coactivas o coercitivas de parte de quien las recibe, lucen como fruto de una voluntad libre y espontánea de quien decide colocarse en el rol de denunciante.

Es precisamente esa libertad en la comunicación de un mero dato de la realidad de la que él formó parte en su calidad de víctima, lo que impide reconocerle el pretendido carácter autoincriminatorio que, de concretarse, lesionaría el derecho a no declarar contra sí mismo reconocido en el texto constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional), y también en instrumentos internacionales, a saber: la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.G., en que señala el «derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable»; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.3.G.; por el que se prescribe que «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad [...] a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».

Vale decir que esa garantía es la que impide que el imputado pueda ser obligado a declarar contra sí mismo o a declararse culpable, y resulta enderezada como método necesario para excluir del proceso toda forma de obtención probatoria de culpabilidad mediante la aplicación de las torturas y los tormentos en contra de los acusados.

El inculpado, protegido por la cláusula de no autoincriminación, es quien conserva la facultad de guardar silencio respecto de los hechos que fundan los cargos que han sido presentados en su contra y, de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio contra éste y sin que quepa extraer ningún elemento positivo de prueba de su silencio.

Ello por cuanto el imputado es un sujeto del proceso, y como tal, debe ser tratado de conformidad con el principio acusatorio. El derecho a la no incriminación deriva del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho; se configura como una de las manifestaciones del derecho de defensa, y en particular, es el deber que imponen las normas antes referenciados de no emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra.

Si resultara externo y coactivo el estímulo que consiguiera afectar y forzar la declaración del imputado, éste adolecerá de nulidad absoluta.

Así, es la declaración del imputado la que no puede considerarse como fuente de prueba en sentido incriminatorio, sino como expresión del derecho de defenderse.

En otras palabras, el irrestricto respeto por el sistema de garantías, implica que la declaración del imputado no pueda utilizarse en su contra. Sus propios dichos deben de ser valorados de acuerdo a su posición adversarial, como un medio de defensa; cuestión distinta es que el imputado, haciendo uso de su derecho, decida confesar su culpabilidad.

Todo lo dicho contribuye al razonamiento de juzgador, en miras a descartar el agravio propuesto, en tanto no puede asimilarse como lo hace erróneamente la defensa, el supuesto de la autoincriminación a lo que se plantea en autos, donde un ciudadano voluntariamente acude ante la autoridad a fin de dar a conocer un dato fáctico, sin que su voluntad haya resultado viciada.

No hay motivo alguno que permita siquiera sospechar mínimamente que aquellas expresiones contenidas en el acta de denuncia, carecieron de la espontaneidad señalada, esto es, que resultaron de inducidas por terceras personas para que el declarante se expresara del modo en que lo hizo. Además, el imputado no

realizó su denuncia bajo juramento de ley. Por el contrario, desde el mismo encabezado (fs. 2/5) se desprende sin hesitación que toda su exposición se enmarcó normativamente en tanto su rol de víctima y denunciante (arts. 326/328, 332 y 333 del CP.P. y arts. 108,109 y 245 del C.P.).

A lo que debe agregarse que tampoco se encontraba obligado a denunciar, ya que Pinnavaría no resulta ser ninguno de aquellos sujetos a los cuales la ley les asigna el deber de denunciar aquellos hechos delictivos de los que tomaran conocimiento, cuanto éstos sean perseguibles de oficio (conf. art. 329 del C.P.P.).

De allí el acierto del juzgador en cuanto afirma que «los dichos del señor Pinnavaría [...] analizando en el marco de esta causa y que proviene del proceso anterior, no es una declaración testimonial tomada bajo fe de juramento [...] sino simplemente se trata de una denuncia que libre y espontáneamente se presentó a hacer el Sr. Pinnavaría en la oficina Fiscal N° 5 [...]» (fs. 218).

Todo lo cual me lleva a compartir que la denuncia efectuada por Pinnavaría en el marco de las actuaciones iniciadas por el hecho del que fue víctima, no constituyen un supuesto de autoincriminación que pueda provocar su nulidad.

Ello por cuanto considero haber demostrado suficientemente, en el mismo sentido que lo hace la sentencia, que la decisión del imputado de denunciar penalmente la sustracción de sus pertenencias por el robo sufrido, fue puramente facultativa, no autoincriminatoria y, por tanto, válida.

4.1.2.- Descartado el cuestionamiento sobre la validez de la denuncia como acto procesal, por estrictas razones de lógica jurídica, debo descartar el argumento de la defensa al cuestionar la labor del agente fiscal, al señalar que no pudo utilizar las expresiones contenidas en la sentencia para imputarle a Pinnavaría el delito endilgado.

Por el contrario, no sólo no existe impedimento alguno a que el instructor, al momento en que toma conocimiento sobre la presunta comisión de un hecho delictivo perseguible de oficio, disponga todas las medidas que juzgue conducentes para la actuación de la ley, sino que, además, una omisión en su deber de actuar lo haría pasible de las responsabilidades legales pertinentes (art. 341 ss y cc del C.P.P.) y del Código Penal.

Es que de conformidad a su rol dentro del proceso, ante la toma de conocimiento de la presunta comisión de un hecho delictivo, tanto cuando se trata de delitos de acción pública perseguible de oficio, o aquellos de acción pública dependientes de instancia privada, y una vez instada la acción esta haya sido efectuada, el agente fiscal debe ejercer la acción penal correspondiente (art. 8 del C.P.P.), sin que a ello resulte un obstáculo que la fuente de la información provenga de la denuncia de otro delito. Es decir, ese deber legal no cesa cuando el sospechoso haya sido el propio denunciante.

Si bien en este sentido los recurrentes señalan que se habría violado el art. 330 del rito penal, por el que se prevé que el denunciante, por el simple hecho de denunciar, no incurre en responsabilidad alguna ni resulta parte del proceso, lo cierto es que la adecuada interpretación de su contenido impide asignarle el sentido que aquellos pretenden.

Basta con mencionar que a través de su texto, el legislador precisa el ámbito de su intervención dentro del proceso judicial que se inicia con el acto de su denuncia. Por lo tanto, no es parte del mismo porque lo único que hace es transmitir el conocimiento que tiene respecto de un hecho presuntamente delictivo. Allí agota su intervención. Si es su voluntad hacerse parte del proceso, en tanto víctima o damnificado del ilícito, podrá constituirse en querellante o actor civil en la oportunidad procesal pertinente.

Sólo desde tal decisión, aceptada por el tribunal, tendrá los derechos y facultades que le asigna en dicho rol el ordenamiento jurídico, como parte interesada del proceso (art. 73 del C.P.P.).

En suma, teniendo en cuenta que la nulidad no es un fin en sí misma sino que tiene por objeto, atento a su ámbito de funcionamiento (el proceso), preservar, en definitiva, todas las garantías fundamentales de las partes, la inexistencia de una afectación de un derecho o interés legítimo, como de una provocación de un perjuicio irreparable (**CSJN, Fallos 325:1404**), impiden ineludiblemente anular los actos atacados.

No ha existido violación al debido proceso ni a la defensa en juicio, ya que una vez adquirida la calidad de imputado, su situación procesal fue debidamente tutelada en el marco de las garantías que contiene la manda legal, particularmente al asegurársele su derecho, como acto material de defensa, de declarar sólo cuando lo estime conveniente.

De allí que acierta el a quo cuando afirma que pretender declarar «[...] nula de nulidad absoluta una actuación que no fue extorcada, sino libre y espontánea, exenta de engaño y además legítimamente realizada por el funcionario judicial habilitado para recibirla [...], luce como un exceso ritual que bajo ningún concepto puede tener la acogida invalidante que se pretende con ese planteo en esta etapa» (fs. 218 vta.).

4.2.- Acerca de la errónea valoración de la prueba

En segundo término, la defensa propone como agravio casatorio, un cuestionamiento sobre la motivación del fallo sentencial, en cuanto considera que la sentencia hace una errónea valoración de la prueba, considerando que, además de una denuncia que es nula, no existen otros elementos que permitan acreditar la autoría del imputado en los hechos atribuidos.

Puntualmente, los recurrentes proponen que la valoración de la prueba fue arbitraria y contradictoria, ya que no resultó probado que el imputado haya disparado el arma, ni que esta hubiera estado cargada.

Sin embargo, estimo no le asiste razón a la defensa en cuanto a los argumentos que propone, ya que ninguno se corresponde con las constancias de la causa. En efecto, el análisis integral de los elementos incorporados, permite confirmar el acierto del a quo al tener por acreditados no solamente la materialidad de los hechos, sino cada uno de los extremos que exige el delito atribuido al acusado.

Es decir, pudo demostrarse con certeza que el día seis de abril del año dos mil quince, mientras llevaba a cabo tareas propias de su actividad laboral, y sabiendo que no estaba autorizado a portar armas de fuego por el vencimiento de su credencial –lo que sucedió el 01/12/2012–, el acusado ingresó a un local comercial munido de un revólver marca “Smith & Wesson” calibre 38, que llevaba escondida por debajo de sus ropa; que momentos después, al ser sorprendido por otros sujetos que lo despojaron de bienes personales –dinero en efectivo–, sacó su arma iniciando una corta persecución, efectuado disparos en la vía pública. Ahora bien, siguiendo lineamientos metodológicos, procederé en lo sucesivo a contestar cada uno de los agravios formales propuestos.

4.2.1.- En primer lugar, no existe ninguna duda sobre la **identidad del arma** de fuego que fuera secuestrada, con aquella utilizada por el acusado.

Tal como lo afirma el señor Procurador, la defensa pretende socavar el desarrollo argumental del sentenciante al introducir incertidumbre sobre una cuestión que resultó tratada y descartada al inicio mismo del debate oral.

En esa oportunidad, el error acerca de la numeración del arma consignada en los pedidos de informes cursados a la autoridad administrativa, fue salvado por el propio imputado, quien en ejercicio de su defensa material, reconoció que el arma que se le exhibió es la misma que utilizó en los hechos. Incluso describió, luego de ser consultado por la defensa, que el número que permite identificar el arma se encontraba estampado en la parte metálica del arma, aunque oculto por la cacha. Prueba de ello fue que

él mismo procedió a desarmarla, permitiendo que el tribunal de sentencia pueda comprobar la veracidad de sus dichos (ver fs. 194 vta).

A ello debe agregarse que ese error, que consistió en solicitar información de un arma de fuego mediante el número de modelo –N° 43666– y no con el número que la identifica –N° D.922241–, tampoco provoca los efectos pretendidos por la defensa.

Es decir, no provoca una irregularidad que determine la nulidad alegada, ni tampoco puede determina la generación de perjuicio alguno para el acusado.

Con respecto a esto último, basta con decir que la falta de autorización para la portación – elemento normativo del tipo penal– fue anterior al pedido de información a la autoridad de administrativa competente.

4.2.2.- En lo que respecta a la incorporación ilegítima de prueba por parte del tribunal, basta con aclarar que más allá del modo en que resulta ello mencionado en el acta que rola agregada a fs. 172 vta., no tiene asidero alguno el pedido de nulidad incoado por los recurrentes.

Para contestar –y rechazar– el agravio propuesto, basta con señalar: primero, que en estricto rigor formal, no se trata de una prueba, sino de una resolución adoptada por otro tribunal sobre una temática similar al presente; segundo, que fue la propia defensa quien en sus alegatos de clausura, se refirió y citó expresamente el fallo cuya valoración hoy se cuestiona, pretendiendo sin lograrlo, que el tribunal de sentencia resuelva la situación de su representado del mismo modo en que decide el fallo referenciado; y tercero, que el a quo se encargó expresamente de analizar y descartar que su doctrina sea aplicable al caso de autos (fs. 236).

Además, de las constancias de la causa surge que no se incorporó un expediente como A.E.V. a los principales, sino solamente copias de la sentencia N° 5734 provenientes de la Segunda Cámara del Crimen y de la resolución dictada por éste Cuerpo al rechazar el recurso de casación interpuesto, todo en el marco de los autos N° 92445 caratulados «F. c/De Pellegrin Walter p/Portación arma de guerra» (ver fs. 188). De esta manera, no es posible declarar la nulidad de la sentencia a tener de lo dispuesto por el art. 416 inc. 3° del C.P.P., ya que no hay valoración de una prueba ilegalmente incorporada, porque no se trata de una prueba, ni mucho menos de un elemento relevante para la solución.

4.2.3.- En tercer lugar, tampoco acierta la defensa al pretender montar una hipótesis diversa a la acusatoria, proponiendo ahora vincular la falta de certeza probatoria sobre la existencia de disparos con la inculpabilidad de su asistido o justificación del hecho.

Según entiendo, el delito cuya ejecución se le atribuye al imputado, conforma una figura delictiva cuya estructura típica exige objetivamente portar un arma de fuego, ya se trate de un arma de fuego de uso civil o de guerra. Es decir, el verbo típico utilizado por el legislador para describir el comportamiento ilícito, lo circunscribe a la simple portación del arma, es decir, requiriendo, en términos genéricos, que el sujeto activo traslade el arma de fuego, en la vía pública, y en condiciones de uso inmediato, haciéndolo sin estar legalmente autorizado.

De esta manera, para la adecuación normativa de una conducta bajo tal figura, se requiere: a) desde lo objetivo: un elemento positivo, es decir, que exista una relación inmediata entre el objeto –arma de fuego– y el agente, lo que tipifica materialmente la portación, y un elemento negativo, que se configura con la ausencia de una autorización debida para que el sujeto pueda portar legítimamente esa clase de arma; y b) desde lo subjetivo: el conocimiento por parte del agente del carácter del objeto y de la carencia de permiso legal, además de su voluntad de portarla de ese modo. De lo que se desprende que, a los fines de calificar jurídicamente un comportamiento humano bajo este delito, y en cuanto aquí importa, es

indistinto que el arma de fuego portada ilegítimamente, haya sido o no percutada por el agente. En realidad fue el mismo Pinnavaría que dijo espontáneamente «[...] yo salí detrás de ellos, los seguí hasta la vuelta [...] habían dos sujetos más al costado de un auto de color gris [...] disparé a la luneta de este auto» (fs. 2); a lo que se suma la declaración en el mismo sentido dada en debate por el Of. Ayte. Amaya Quiroga (fs. 198/199), y las resultantes objetivas de los informes obrantes en autos, en que se comprueba el normal funcionamiento para el disparo del arma secuestrada, y se verifica que las seis vainas servidas incriminadas calibre .38 largo fueron percutidas utilizando aquella arma (ver informes de fs. 23/27 y fs. 40/41 respectivamente).

Pero aún cuando hipotéticamente se le otorgara la razón a la defensa en cuanto postula que la ausencia de rastros vítreos y de orificios de impacto, indican la ausencia absoluta de disparos, lo cierto es que de modo alguno este aspecto resulta dirimente para la configuración del delito que se trata.

4.2.4.- Por otro lado, y ya desde la verificación del elemento normativo exigido por el delito reprochado, no puede soslayarse que nos encontramos ante la presencia de una actividad altamente regulada, en tanto supone la manipulación de armas de fuego, que requiere necesariamente que los usuarios se mantengan constantemente alerta en orden a cumplir con la normativa vigente.

Es decir, hay un deber de información que es estricto y se encuentra en cabeza de quien ha decidido voluntariamente entrar en tal ámbito de interacción. Esto es así, pues el riesgo al que se exponen los bienes jurídicos de los ciudadanos, en caso de una desviación del estándar, es extremadamente alto.

Desde esta perspectiva, debo destacar la loable tarea efectuada por el sentenciante en el análisis propuesto para describir el régimen normativo vigente por el que se regula la portación de armas de fuego, el que por la prolijidad y completitud de su desarrollo, y especialmente por la correcta aplicación de las normas al caso de autos, es plenamente compartido en esta instancia.

En efecto, resultó suficientemente probado, tal como lo anticipara al comienzo de presente capítulo, que al momento en que se produjo el atraco en el local comercial en que se encontraba el día de los hechos, Pinnavaría estaba inscripto en el RENAR como legítimo usuario de arma de fuego de uso civil condicional (fs. 38). Sin embargo, y conforme se desprende de las diversas constancias de la causa, si bien estaba autorizado para la tenencia, no lo estaba para la portación (ver fs. 338/39 y 46/47).

Esta circunstancia quedó demostrada no sólo con los informes referidos, sino además con la documentación que fuera aportada al personal policial actuante al momento del robo por el acusado.

En la credencial que exhibió para acreditar su derecho a la portación (N° 4904857), surge expresamente consignado que la autorización se extendía desde el 31/10/2011 al 01/12/2012. Con lo cual, en el momento del hecho, llevaba más de dos años sin gozar de la licencia exigida por la reglamentación. A ello puede agregarse que en el anverso de tal documento, se lee expresamente que «4)Esta Credencial pierde validez a su vencimiento, no generando derecho alguno para su renovación».

4.2.5.- Con lo cual, el agravio por el que la defensa pretende justificar el comportamiento de su asistido, alegando que el imputado incurrió en un error sobre la significación normativa de la caducidad o vencimiento del permiso, lo que le habría determinado el falso convencimiento que portaba legítimamente (art. 34, inc. 1° del C.P.), no puede ser sostenido racionalmente en esta instancia.

Si bien es cierto que Pinnavaría tuvo varias autorizaciones para portar armas de fuego en diferentes períodos de tiempo y en condiciones personales diferentes, lo que resulta demostrado a través de los informes que por cuerda separada conforman su legajo personal llevado al efecto por la autoridad de aplicación (legajo N° 3-10207052, DAJ 0821/15), el día concreto de la denuncia él sabía perfectamente que no era portador autorizado. Una vez operada la caducidad de su autorización, en fecha 19/08/2014

solicitó ante el RENAR un «permiso excepcional de autorización para portar armas de fuego», invocando como causal para su otorgamiento, el haber sido víctima de un ilícito por el que aduce haber estado en peligro su vida (ver fs. 5 del legajo).

Petición que le fue rechazada y que motivó, ya en fecha 19/01/2015, un pedido de reconsideración, el que también fuera desestimado en fecha 04/06/2015 (ver fs. 34/36 del legajo). Resolución de cuyo contenido fue debidamente notificado el peticionante (ver constancia fs. 37 del legajo). De este modo, comparto plenamente la opinión del sentenciante en cuanto señala que «[...]Pinnavaría no desconocía que no estaba vigente en su caso [la autorización para la portación] ya a partir del año 2012, porque no solo sabía que le caducó la que tenía, sino que cada vez que solicitó su renovación a partir de esa fecha, sus pedidos le fueron sistemáticamente rechazados»; conclusión que acertadamente resulta reforzada si tenemos en cuenta «[...]su formación, su experiencia y sus conocimientos específicos en la legislación» (fs. 236).

4.2.6.- Por idénticos argumentos debe también descartarse el agravio referido a la aplicación de la solución alcanzada en el fallo citado por la defensa («**De Pellegrini**»). Ello por cuanto no sólo no se trata de casos siquiera similares, atento a las particulares circunstancias de autos, sino además, porque tampoco la solución alcanzada en esa causa resulta obligatoria para el tribunal de sentencia, ni mucho menos para este Cuerpo. Por ello debe descartarse la supuesta afectación a la lógica jurídica alegada.

4.2.7.- En cuanto la supuesta interpretación errónea de la ley extrapenal, la defensa cuestiona el análisis exegético de la normativa aplicable al caso, que determinó al sentenciante identifique la portación con lo que, a su criterio, no es más que el transporte de un arma de fuego, acción para la cual Pinnavaría se encontraba habilitado.

Sobre este punto en particular, que resulta la emergente del cambio de estrategia defensiva esgrimido durante el curso del debate oral, en comparación con lo que al respecto dijo en su denuncia, y que fuera detectado en la sentencia, comparto por la solidez y contundencia de sus argumentos el razonamiento expuesto en la resolución criticada.

En efecto, al tiempo del análisis de la variante defensiva, se valoró especialmente los dichos del imputado, quien al describir el modo en que realizaba el supuesto transporte, reconoció «[...] que llevaba consigo o a su inmediata disposición un tipo especial de cargador que fue el que le permitió cargar el arma y su uso inmediato apenas cometido el despojo disparando contra los supuestos acompañantes de los asaltantes[...]». Con lo cual, de aceptarse que el acusado no llevaba consigo el arma de fuego al ingresar al negocio, sino que la transportaba en su camión, en compartimientos distintos y separados el arma del cargador –dentro de la cabina del rodado–, su conducta continúa siendo delictiva, en tanto no responde a los requisitos que impone la reglamentación para el traslado de armas de fuego. Es que el legítimo usuario tenedor de un arma de fuego se encuentra habilitado para transportarla, siempre y cuando cumpla con la documentación pertinente (art. 33 de la ley 20.429), y además, que su transporte sea para fines expresamente determinados (Manual Registral del RENAR).

Por lo tanto, la no verificación de estos supuestos, impide incluso justificar normativamente la conducta criminal, no solamente porque el propio imputado dijo que transportaba su arma por cuestiones de seguridad –lo que no es un motivo válido para autorizar al legítimo usuario al transporte–, sino que además, lo hacía con un artefacto denominado «cargador rápido».

Correctamente, a mi juicio, analiza esta situación el tribunal de sentencia, cuando reflexiona en el sentido de que «[...] ese tipo de maniobra, si se usa durante el transporte del arma, no está permitida por la ley, y si se lo utiliza, también transforma ese supuesto transporte legalizado que se invocó como justificación,

en una portación ilegal de esa arma de fuego al adosarle un cargador rápido[...]» (fs. 223). Todo lo cual permite sin dudar rechazar el agravio propuesto en este sentido por los recurrentes.

4.2.8.- Por último, conviene agrupar en este punto de análisis, la pretendida justificación de la acción ejecutada por el acusado, a los términos de las causales previstas en la norma sustantiva, a saber: a) ejercicio de un cargo (art. 34, inc. 4° del C.P.); b) legítima defensa propia y de terceros (art. 34, inc. 6° y 7° del C.P.). En primer lugar, respecto de la asimilación del comportamiento reprochado a la figura del «arresto ciudadano», en cuya virtud el imputado habría actuado en razón de una autorización legal, establecida por el ejercicio de un cargo por equiparación a funcionario público, debo señalar que, aún cuando se configurara la situación del art. 291 del C.P.P., ello no importa justificar portaciones ilegales.

A su vez, la falta de actualidad en la reacción defensiva del imputado, ya que en sus dos versiones de los hechos dijo que actuó contra los asaltantes cuanto éstos se estaban dando a la fuga, impide por completo que el comportamiento de Pinnavaría pueda ser encuadrado como legítima defensa. Al respecto debe repararse que el comportamiento prohibido es anterior, por lo que eventualmente, lo que se puede justificar es la reacción, pero no una portación ilegítima.

4.3.- Conclusión

Tras el análisis y contraste de la sentencia con los puntos individualizados en el recurso de casación, surge con claridad que la decisión del tribunal de juicio no adolece de ninguno de los vicios que los letrados defensores señalan en su escrito recursivo. Por el contrario, a mi modo de ver, el razonamiento judicial se encuentra adecuadamente fundado, mientras que los cuestionamientos de la defensa no logran demostrar la arbitrariedad en él, sino que se limitan a separar algunas expresiones aisladas del juzgador para restarle fuerza a su razonamiento. De este modo, y en sentido coincidente con el señor Procurador General, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado, confirmándose la sentencia impugnada en su totalidad.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro y Dr. Llorente. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO y PEDRO J. LLORENTE adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recuso de casación interpuesto por la defensa del acusado Roberto Oscar Pinnavaría Martín (fs. 266/277 vta.).
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales de los Dres. Ariel Benavides y Gastón Nahman para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva del caso federal.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. PEDRO J. LLORENTE Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

4- ARAVEL. 25-06-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	-	-	-	A	-		-	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190625_FcArabel.pdf

Lex: Art. 189 Bis, inc. 2°, 2° párrafo del CP.

Vox: Tenencia ilegal de arma de guerra. Absolución. Beneficio de la duda.

Summa:

El **Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia** absolvió al encartado por el beneficio de la duda.

El titular de la **Fiscalía** de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia interpone recurso de casación (fs. 363/370 vta.) contra la Sentencia N° 4494 (fs. 349 y vta.) y sus fundamentos

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por el fiscal de flagrancia contra la sentencia de fs. 349 y vta. y fundamentos de fs. 351/353 emanada del entonces Primer Juzgado de Flagrancia.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 4494, pronunciada por el Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia-1° CJ.

a-SCJM

- L.S. 186-427, 153-011, 354-21

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04111062-1/1((011421-71877)) ARABEL VIDELA CRISTIAN DAVID, ARABEL VIDELA EXEQUIEL ALEJANDRO Y TAPIA VICENTE P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA (71877) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104172700*

En Mendoza, a los veinticinco días del mes de junio del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04111062-1/1, caratulada "F. C/ ARABEL VIDELA CRISTIAN DAVID, ARABEL VIDELA EXEQUIEL ALEJANDRO Y TAPIA VICENTE P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE GUERRA S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO, y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

El titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia interpone recurso de casación (fs. 363/370 vta.) contra la Sentencia N° 4494 (fs. 349 y vta.) y sus fundamentos (fs. 351/353 vta.), mediante la cual se resolvió absolver por el beneficio de la duda a Vicente Tapia del delito de tenencia ilegal de arma de guerra (art. 189 bis, inciso 2°, 2° párrafo del Código Penal) en autos N° P-71877/16.

El pronunciamiento fue dictado por el entonces Primer Juzgado de Garantías de Flagrancia de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Sentencia Recurrída

El tribunal a quo no tuvo por acreditado el hecho contenido en el requerimiento de elevación a juicio, el que consistía en que: «para fecha 14 de julio de 2016 a las 22.40 horas aproximadamente, en calles Pueblas y Gualeguay de los Corralitos, Guaymallén, tres sujetos identificados como Exequiel Alejandro Arabel Videla, Cristian David Arabel Videla y Vicente Tapia fueron encontrados en posesión de un arma de fuego artesanal tipo escopeta de doble caño, los mismos soldados en forma superpuesta, de aproximadamente cincuenta centímetros de largo con una empuñadura fija en su parte media, observándose en su cañón superior un cartucho de color rojo de cuerpo plástico con culote dorado calibre 12/70 con perdigones de plomo y una empuñadura metálica correspondiente a la parte percutora, la cual se encontraba en el interior del vehículo Volkswagen 1500, dominio TAJ-228 en el asiento trasero derecho dentro de un bolso de tela gris con la inscripción Puma. Vehículo que los tres sujetos mencionados se encontraban empujando. Según informe de Policía Científica, División Balística, el arma de fuego se encuentra legalmente encuadrada como arma de fuego de guerra de uso prohibido, resultado apta para la ejecución de disparos».

Para así decidir el tribunal de sentencia valoró entre los elementos más importantes: las declaraciones de los imputados Cristian David Arabel Videla y Vicente Tapia; las declaraciones testimoniales de Carlos Alberto López, de Rodrigo Camilo Caila, de Beatriz Lucía Ontivero y de Paola Natalia Vargas y, el informe de Policía Científica.

2.- Recurso de casación

La impugnación del representante del Ministerio Público Fiscal se enmarca en las disposiciones del art. 474 inc. 2 del CPP. Sostiene que en la sentencia recurrida se ha realizado una valoración insuficiente, aparente y parcializada de la prueba regularmente incorporada al proceso y no se lo ha hecho de conformidad a los principios de la sana crítica racional, ni se ha tenido en cuenta la íntima relación existente entre ellas, vulnerando así garantías constitucionales como la del debido proceso legal y la de juez imparcial.

Asimismo, refiere que el a quo ha incurrido en un razonamiento ilógico, basado en una apreciación parcial y subjetiva del plexo probatorio, todo lo cual la ley sanciona con la nulidad.

Así, considera que de la correcta valoración de los elementos de prueba decisivos, surge la participación penalmente responsable de Vicente Tapia en la tenencia de un arma de fabricación casera, todo lo cual se encuentra debidamente comprobado.

En efecto, critica que no fue confrontado lo atestado en el acta de procedimiento con los dichos de los testigos y de los propios imputados respecto a los hechos acaecidos.

Además entiende se valoró de manera errónea la declaración de los acusados que fueron claros y contestes en la atribución de la responsabilidad.

Estima que los testimonios de Beatríz Lucía Ontivero y de Paola Natalia Vargas (propuestos por la defensa de Cristian y Exequiel Arabel) deben ser valorados a la luz del resto del caudal probatorio.

Agrega que si bien la escopeta estaba ubicada en un espacio común del vehículo, del debate surge que Tapia previamente había estado sentado en el lugar donde se encontró el arma. Además, es de resaltar que durante el juicio directísimo Tapia manifestó que el arma era suya, que él la llevaba y que la iba a vender.

En efecto, la responsabilidad penal de Tapia no sólo se tiene por acreditada con los dichos de Cristian Arabel, sino que debe analizarse el plexo probatorio en su totalidad, sin parcializarse, como ha sucedido en autos. Por otra parte, señala que resulta llamativo que el a quo para absolver a Vicente Tapia se haya centrado en que los hermanos Arabel tenían antecedentes penales, por lo que considera que son dilucidaciones fuera de contexto que nada tienen que ver con el hecho en sí, concentrando su atención en un supuesto acuerdo entre las partes inculcadas para achacarle la responsabilidad criminal a quien se encontraba en mejor situación procesal.

Asimismo sostiene que no existe un sólo dato que permita tener por cierta dicha premisa. Asimismo el recurrente considera que el a quo realizó una equívoca interpretación al entender que los dichos de Cristián Arabel en el altercado durante el juicio directísimo, fueron coaccionantes y que lo llevaron a Tapia a autoincriminarse, viciando su voluntad.

Agrega que Cristian Arabel sólo le suplicó a su compañero de causa que dijera la verdad, lo que no fue un «pedido para salvarse» como lo dilucidó el sentenciante.

El a quo sostuvo que Tapia se encontraba en desventaja respecto a los otros imputados, dado que ambos eran hermanos, de mayor edad que Tapia y a la vez vecinos de éste último, lo que lo llevó a considerar cierto grado de vulnerabilidad o exposición ante los resultados negativos del presente juicio, por lo que ello le impidió aceptar sin reflexión la confesión del imputado -es decir, le negó valor a la confesión de Tapia-.

Esta valoración el recurrente la considera arbitraria y cargada de subjetividad, afectándose con ello las garantías del debido proceso legal y del juez imparcial. Por último, considera que si bien es cierto que la confesión única y aislada no puede servir para sustentar la certeza necesaria sobre la existencia del delito

y su participación criminal, en autos el a quo no sólo no tuvo en cuenta la confesión espontánea y coherente de Tapia, sino que además no tuvo en cuenta el resto del caudal probatorio agregado que conjugan sus dichos y nos permiten reconstruir lo realmente acontecido. Por lo expuesto solicita la revocación parcial de la resolución cuestionada, declarando la nulidad del punto III del resolutivo, disponiendo el reenvío de la causa o, en su caso, casando la sentencia impugnada.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el fiscal de flagrancia contra la sentencia de fs. 349 y vta. y fundamentos de fs. 351/353 emanada del entonces Primer Juzgado de Flagrancia.

Se remite a lo expresado oportunamente por el señor Fiscal en su recurso de casación, argumentos que da por reproducidos en honor a la brevedad.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación. Luego del análisis del recurso, como de la sentencia atacada, estimo que en esta última no se observan los vicios que le asigna el recurrente.

Por el contrario, comparto las conclusiones a las que llega el Tribunal. Advierto que los cuestionamientos representan argumentos y afirmaciones personales del recurrente en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal de juicio en la fundamentación del fallo, carente de sustento probatorio.

Desde esta perspectiva, se verifica que el Tribunal, en razonamiento que comparto, dió las razones por las cuales dudó que el arma de fuego de fabricación casera fuera de Vicente Tapia, lo que llevó a su absolución en relación al delito de tenencia ilegítima de arma de fuego de guerra de uso prohibido.

Así, sostuvo que si bien el imputado Cristian David Arabel Videla arrojó la responsabilidad en otra persona, y el imputado Vicente Tapia se la atribuyó a sí mismo, no existe ningún otro dato objetivo u externo que permita atribuir responsabilidad a este último, por lo tanto la declaración de los imputados se percibía condicionada.

Asimismo, explicó las razones por las que consideró que Tapia se encontraba en situación de vulnerabilidad con respecto a los imputados Cristian y Exequiel Arabel Videla, lo que le impidió aceptar su confesión, argumentado que su voluntad se encontraba viciada.

En este sentido, estimo que en el proceso penal la confesión del imputado prestada en forma aislada no es suficiente para determinar con certeza que el delito fue consumado por quien se incrimina en un hecho delictivo, atento a que sólo es una prueba sospechosa en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal. Para que el juez pueda condenar a un imputado necesita reunir pruebas o elementos que acrediten la certeza de su participación en el hecho investigado.

Es decir, es necesario que el cuerpo del delito este probado por otros medios más que el de la confesión del imputado, lo que no ocurre en autos atento a que no hay prueba alguna que avale la declaración inculpativa de Tapia.

Considero que lo mismo ocurre con la declaración del coimputado Cristian Arabel Videla, atento a que no se encuentra mínimamente corroborada por otro elemento de prueba.

Con respecto a que los testimonios de Beatríz Lucía Ontivero (fs. 159 y vta.) y de Paola Natalia Vargas (fs. 160 y vta.) debían ser valorados atento a que fueron congruentes y contestes en afirmar que el arma pertenecía a Vicente Tapia, cabe mencionar que no podían ser objeto de merituación por parte del Tribunal, en tanto, tal como surge del acta de primera audiencia (fa. 171/172 vta.), sus declaraciones no fueron incorporadas legalmente a ese juicio, ni tampoco se produjeron durante el debate los testimonios cuya valoración pretende la recurrente.

Por estas razones, deben ser rechazado el referido agravio. En definitiva, considero que la sentencia impugnada, en su integridad, constituye una derivación razonada de los múltiples y variados elementos de prueba que fueron debidamente valorados por el a quo en atención a los principios de la sana crítica racional, no adoleciendo de falencias que impliquen su anulación, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido que tales defectos, para conllevar tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos, lo que en la especie no ocurre (**L.S. 186-427, 153-011, 354-218, entre otros**).

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr Adaro y Dr Palermo. Adhieren

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por el titular de la Fiscalía de Instrucción N° 28 de la Unidad Fiscal de Flagrancia.

2.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

5- HERNANDEZ. 02-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	-	-	-	A	-		-	-	-	N	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcHernandez.pdf

Lex: Art. 189 bis, inc. 2°, 1° párrafo del CP.

Vox: Tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil. Suspensión del juicio a prueba. Consentimiento Fiscal.

Summa:

El **JPC** denegó al imputado Hernández el beneficio de la suspensión de juicio a prueba para fecha 06/06/2018.

La **defensa** interpone recurso de casación en contra de la resolución dictada.

El **Procurador General** consideró que corresponde el rechazo in limine del recurso, conforme a lo dispuesto por el art. 461 última parte del CPP (fs. 116/117 vta.).

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel Eduardo Hernández y anular la resolución del Primer Juzgado Penal Colegiado.

Resolución cuestionada: Resolución de fecha 06/06/2018 dictada por el JPC N°1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- “Farrés Paluj”
- “Bitar”
- “Pardo”
- “Pérez Martín”
- “Duarte Actis”
- “Moreno Frías”, CUIJ N° 13-04079446-2/1
- “Bustos Baldor”, LS.410-166
- “Mezza”, L.S. 268-040
- “Silva, Hugo”, L.S. 397-110
- “González Martín”, L.S. 426-042
- “Fernández Castillo”, L.A. 288-003
- “Guiñazú Samo”, L.A. 291-029
- Lemos Guerrero. 28-11-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181128_FcLGR.pdf
- «Estrella», CUIJ N° 13-03899192-7/1
- «Luna Amaya», CUIJ N° 13-04159055-0/1

SCJM. Dres.: **Palermo.** Adaro. Valerio.

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04382354-4/1((018501-54940)) F. C/ HERNANDEZ DANIEL EDUARDO Y ALAMO PEREYRA CARLOS ARIEL P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL (54940/15) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104460723*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04382354-4/1 caratulada "F. C/ HERNÁNDEZ, DANIEL EDUARDO Y ÁLAMO PEREYRA, CARLOS ARIEL P/ TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL (54940/15) S/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

La defensa oficial de Daniel Eduardo Hernández interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Primer Juzgado Penal Colegiado en la audiencia llevada a cabo el día 06/06/18, mediante la cual se denegó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa (fs. 92 vta.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO DIJO:

1.- Resolución recurrida

La decisión objeto de impugnación denegó la suspensión del juicio a prueba solicitada por la defensa, por considerar vinculante el dictamen fiscal emitido por la representante del Ministerio Público Fiscal durante la audiencia.

2.- Recurso de casación

La Dra. Cristina M. Sánchez, titular de la Décimo Octava Defensoría Oficial y a cargo de la defensa de Daniel Eduardo Hernández, interpone recurso extraordinario de casación fundado en el art. 474 incisos 1° y 2° del CPP, es decir, por considerar que la decisión adolece de vicios in procedendo e in iudicando.

Se agravia de que la resolución omite aplicar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia penal (Reglas de Mallorca), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre la aplicación de medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y la Declaración Universal de Derechos Humanos, normas internacionales vinculantes para nuestro país.

Además, sostiene que la decisión inaplicó las normas contenidas en los arts. 155 y 416 inc. 4° del CPP y ocasionó con ello un gravamen de imposible reparación ulterior a su defendido.

Refiere que la Ayudante Fiscal que tomó intervención en la audiencia no prestó el consentimiento fiscal por instrucciones del Fiscal, en razón de que el hecho investigado involucra la presencia de armas de fuego. A criterio de la defensa, tal dictamen no es vinculante en tanto alude a resoluciones de la Procuración General del Ministerio Público Fiscal -las N° 717/16 y 718/16- que no resultan aplicables al caso y que fueron dictadas en fecha posterior al hecho.

A su entender, su invocación importa una vulneración del debido proceso por aplicación retroactiva de una norma penal; a la vez que un trato desigual en relación al coimputado Carlos Ariel Álamo Pereyra, quien fue imputado por el mismo delito y a la postre beneficiado con la suspensión del juicio a prueba.

Estas circunstancias motivan, a entender de la defensa, que la decisión del a quo se encuentre infundada porque el único motivo esgrimido para rechazar la aplicación del instituto solicitado fue la ausencia de consentimiento fiscal.

Considera la recurrente que la exigencia de consentimiento fiscal no es un requisito legal, por lo que la decisión, a la vez que carece de fundamentos, vulnera el principio de legalidad. Formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

En oportunidad de contestar la vista del recurso conferida, el señor Procurador General consideró que corresponde el rechazo in limine del recurso, conforme a lo dispuesto por el art. 461 última parte del CPP (fs. 116/117 vta.).

Refiere que la impugnación se opone a jurisprudencia estable de este Tribunal, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen un nuevo examen de la cuestión.

Cita en apoyo de esa idea precedentes de esta Sala en el sentido de que la expresa negativa fiscal, manifestada en dictamen motivado, posee carácter vinculante para el juzgador y obsta a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Sostiene que la acción penal pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal en nuestro sistema procesal, lo cual implica que la figura del Fiscal cobra relevancia y que su consentimiento expreso es condición para la concesión de beneficios como el solicitado.

Tal consentimiento no depende de circunstancias objetivas, sino de la valoración que debe llevar a cabo el agente fiscal.

En el caso, la representante del Ministerio Público Fiscal brindó, a su entender, razones por las cuales la suspensión del juicio a prueba no debía ser concedida al imputado para lo que evaluó motivos de política criminal en base a las resoluciones de esa Procuración General.

Ese dictamen no contiene defectos de motivación y posee todos los elementos necesarios para considerarse suficientemente motivado conforme al mandato del art. 167 del CPP.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante

Puesto en consideración los motivos de agravio expuestos por la defensa de Daniel Eduardo Hernández, entiendo que el recurso debe ser acogido en esta instancia a tenor de los argumentos que serán expuestos en lo que sigue.

a.- De forma preliminar, corresponde señalar que -como este Cuerpo ya ha sostenido en diversas ocasiones- es atribución del tribunal de casación tratar el agravio que más convenga a la solución del caso. Esto en razón de que la ley adjetiva no establece un orden de procedencia que deba seguirse en el examen de los recursos extraordinarios cuando la impugnación se funda en vicios de procedimiento y sustanciales (L.S. 183-188; 202-001; 269-234, entre otros).

En función de ello me circunscribiré al análisis de la alegada falta de fundamentación de la resolución impugnada, agravio en el que estimo se encuentra entronizado el «thema decidendum» del caso y que, de prosperar, conduce a la anulación de la resolución cuestionada por este remedio casatorio.

b.- Dicho esto, corresponde señalar que en los presentes autos la Fiscalía de Instrucción N° 24 requirió la citación a juicio de Daniel Eduardo Hernández y Carlos Ariel Álamo Pereyra por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2° primer párrafo del CP, fs. 52/53 y vta.).

La defensa de Hernández petitionó la suspensión del juicio a prueba (fs. 72 y vta.), planteo del que se corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal, quien solicitó la fijación de una fecha de audiencia para manifestarse en forma oral.

Posteriormente, la defensa de Ariel Álamo Pereyra formuló la misma petición que el coimputado Hernández.

El día 21/05/18 se llevó a cabo audiencia, sólo con la presencia de Álamo Pereyra, respecto del cual se suspendió el juicio a prueba (fs. 89 y vta.).

El 06/06/18 se efectuó una nueva audiencia, con la presencia del coimputado Hernández, respecto del cual se denegó el mismo beneficio (fs. 92 y vta.).

En oportunidad de dictaminar respecto de la petición suspensión del juicio a prueba de Álamo Pereyra, la representante fiscal interviniente prestó su consentimiento.

Señaló que existe una resolución de Procuración General que le impedía hacerlo ante hechos en que se hubiere utilizado armas de fuego, «[p]ero como la misma es de fecha de Noviembre de 2016 y el hecho es del 2015, no hay ningún inconveniente para proceder a la suspensión del juicio a prueba solicitando el decomiso del arma» -conf. constancias audiovisuales de la audiencia del día 21/05/18, min. 5:56 y ss.-.

Por el contrario, respecto de Hernández, la Ayudante Fiscal interviniente denegó su consentimiento.

Sostuvo que, conforme a las instrucciones impartidas por el Fiscal Dr. Guevara, **«[n]o va a prestar su consentimiento para la aplicación de la suspensión del juicio a prueba toda vez que entiende que el Ministerio Público es el titular de la acción pública y es quien fija las políticas criminales en materia de otorgar o no la suspensión del juicio a prueba y en lo relacionado con el tema de armas es criterio de la Procuración y del Fiscal que me ha instruido, no prestar su consentimiento cuando se trata de delitos en donde estén involucradas armas de fuego»** -conf. constancias audiovisuales de la audiencia del día 06/06/18, min. 05:03 y ss.-.

La jueza del Juzgado Penal Colegiado advirtió que al coimputado se le había otorgado la suspensión solicitada -incluso consultó a la Ayudante Fiscal si había intervenido siempre el mismo Fiscal- y que la Resolución de Procuración General a la que se había aludido era posterior al hecho, pero consideró que conforme a la jurisprudencia de esta Suprema Corte el dictamen fiscal en estos casos es vinculante para el juez, por lo que no podría conceder el beneficio.

c.- Los antecedentes reseñados me convencen de que tanto el dictamen fiscal emitido respecto de la petición de Hernández como la resolución cuestionada carecen de fundamentos, que por ello incumplen el mandato de motivación de las actuaciones del Ministerio Público Fiscal y de las resoluciones jurisdiccionales, y de que corresponde la anulación de ésta última.

En primer lugar, advierto que la posición del Ministerio Público Fiscal ha variado de manera arbitraria a lo largo del proceso en relación a la procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

El motivo decisivo alegado para denegar el consentimiento fiscal en relación a Hernández fue que el hecho «se encontraba relacionado con el tema de armas» aunque -tal como advirtió la jueza interviniente- a Álamo Pereyra se lo acusa del mismo delito, cometido en idénticas circunstancias, y en tal ocasión la política criminal establecida por resolución general de la Procuración General fue considerada inaplicable por ser posterior al hecho y, por lo tanto, no ofrecía obstáculos para la concesión de la suspensión petitionada.

En anteriores pronunciamientos he puesto de manifiesto que, a mi entender, el dictamen fiscal no es vinculante si se pronuncia sobre el cumplimiento de las exigencias legales de procedencia de la suspensión del juicio a prueba.

Si lo es cuando se manifiesta en relación a lo que constituye la función propia del acusador público: la conveniencia político-criminal de la suspensión.

De otro modo, si su dictamen fuere vinculante en función de su control de legalidad, se estaría inmiscuyendo en atribuciones propias de la función jurisdiccional (**conf. “Bitar”, “Pardo”, “Pérez Martín”, entre otros**).

El análisis llevado a cabo por la representante fiscal en la audiencia respecto de Hernández no ha explicado, por una parte, qué circunstancias concretas de la situación personal de Hernández fueron valoradas, ni por otro, en qué difiere su caso respecto del de su consorte de causa. Los motivos invocados no reflejan un análisis político-criminal concreto vinculado a Hernández, sino la alusión a criterios abstractos que no justifican el trato diverso respecto a Álamo Pereyra. A mi entender, esto torna arbitrario -y, por ello, infundado- el dictamen fiscal, de modo que no resulta vinculante para el juzgador.

En segundo lugar, la jueza del Juzgado Penal Colegiado afirmó que la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia establece como criterio para la suspensión del juicio a prueba el carácter vinculante del dictamen fiscal fundado.

Sin embargo, no realizó el correspondiente examen de legalidad y logicidad sobre el dictamen fiscal emitido en la audiencia.

Si bien advirtió la arbitraria situación entre los coimputados en autos, omitió, por una parte, analizar sus fundamentos; y, por otra, derivar las consecuencias que ello tiene para el proceso seguido en autos. Las razones invocadas por la a quo no son suficientes para satisfacer el estándar mínimo de razonabilidad y motivación exigido por el art. 155 CPP para constituir un acto procesal válido, según el cual las resoluciones deben ser fundadas bajo pena de nulidad.

En anteriores pronunciamientos he sostenido que el deber judicial de motivación de las sentencias y autos tiene su fundamento desde una triple perspectiva: a) desde el principio republicano que garantiza el control ciudadano de las decisiones estatales; b) desde la perspectiva de la seguridad jurídica; y c) desde una concepción democrática e inclusiva del derecho (**conf. “Farrés Paluj”, “Duarte Actis”**).

En primer lugar, la adopción de una forma republicana de gobierno exige que los actos estatales se encuentren sometidos a un permanente control ciudadano. En tanto los órganos estatales no actúan con un poder propio sino delegado, tienen el deber de rendir cuentas a los ciudadanos mediante la puesta en conocimiento de los motivos que justifican sus decisiones. Sólo ello permite que la ciudadanía conozca el fundamento de las decisiones de los órganos que la representan.

En segundo lugar, la motivación de las sentencias y autos contribuye a la seguridad jurídica, en tanto no es sólo la decisión la que vincula al juez, sino también el argumento.

A partir de ello, puede esperarse un criterio homogéneo en la toma de decisiones. Por último, la argumentación jurídica contribuye al desarrollo del derecho como práctica interpretativa. Ello es así en tanto el conocimiento de las razones que condujeron a un operador jurídico -sean doctrinarios, abogados defensores, representantes del Ministerio Público Fiscal o jueces- a pronunciarse en un determinado sentido permite someter sus argumentos a una discusión abierta e inclusiva, de modo tal que todos los puntos de vista puedan ser tenidos en cuenta, contrastados entre sí y rebatidos entre los afectados para arribar a una decisión fundada.

El defecto de motivación identificado en la resolución cuestionada impide considerar satisfechos los requisitos antes mencionados, pues no ha realizado el control de legalidad y logicidad jurisdiccional correspondiente.

En efecto, del fragmento antes descripto se desprende que la magistrada -a pesar de que advirtió una incongruencia en la posición del Ministerio Público Fiscal- se ha limitado a sostener que el dictamen fiscal fundado es vinculante para el Tribunal, y rechazó la suspensión del juicio a prueba en base a que, en autos, la representante fiscal no prestó su consentimiento. Aunque advirtió la arbitrariedad de la situación respecto de Hernández, no actuó conforme al criterio jurisprudencial que invocó: si el dictamen era contradictorio y por ello arbitrario, no estaba debidamente fundado.

Las falencias en la fundamentación del dictamen solamente impactan en su carácter vinculante. El órgano jurisdiccional puede, en tales circunstancias, denegar o conceder la suspensión del juicio a prueba en base a la realización del correspondiente control respecto de las exigencias legales, lo que no ocurrió en el caso, en el que la a quo solamente apoyó su posición en la falta de consentimiento fiscal. Por otra parte, debe señalarse que la invocación de la jurisprudencia de este Tribunal, en sí misma, no resulta suficiente fundamento para el acto jurisdiccional, si no va acompañada de una justificación sobre cuáles son las circunstancias de hecho que guardan relación con el precedente citado y que justifican la aplicación del criterio invocado. Por las razones antes mencionadas, considero que debe acogerse el recurso interpuesto y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, debiendo remitirse al subrogante legal.

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Adaro. Ampliatorio

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Coincido con la solución a la que arriba mi colega de sala, haciendo saber que, conforme a la posición que sustentó y que ha sido sostenida por esta Sala con anteriores conformaciones, el dictamen fiscal debe encontrarse fundado para resultar vinculante para el Tribunal (**conf. “Moreno Frías”, CUIJ N° 13-04079446-2/1, “Bustos Baldor”, LS.410-166, “Mezza”, L.S. 268-040; “Silva, Hugo”, L.S. 397-110; “González Martín”, L.S. 426-042; “Fernández Castillo”, L.A. 288-003; “Guiñazú Samo”, L.A. 291-029, entre otros).**

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere. Ampliatorio

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO, EN VOTO AMPLIATORIO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver **«Lemos Guerrero», CUIJ N° 13-04024478-0/1; «Estrella», CUIJ N° 13-03899192-7/1; «Luna Amaya», CUIJ N° 13-04159055-0/1; entre otros).**

A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado -en el caso, suspensión de juicio a prueba-.

En la causa en tratamiento se advierte una contradicción en la posición del Ministerio Público Fiscal, que sostuvo dos criterios diversos respecto de un mismo hecho en cuanto a la aplicación de las instrucciones generales del Procurador General.

Este modo de actuación resulta contradictorio con el principio de igualdad reconocido el artículo 7° de la Constitución de Mendoza, que establece que «Todos los habitantes de la provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y una fuerza uniforme».

La disposición constitucional citada contiene las tres ideas fundamentales de la igualdad: (a) igualdad ante la ley, regla según la cual todas las personas, sin distinción alguna, son iguales ante el ordenamiento jurídico como consecuencia de la concepción según la cual todos los seres humanos son sujetos iguales de derecho, lo que permite negar reconocimiento a la esclavitud y títulos de nobleza; (b) igualdad de la ley en cuanto norma general y abstracta, sin excepciones, que debe ser igual para todos, lo cual en cierto aspecto se superpone con el principio de legalidad; y (c) acción y fuerza uniforme, para asegurar un ámbito de aplicación igualitario a todos los sujetos de derecho.

El diverso tratamiento que se verifica en autos respecto de la situación de cada uno de los imputados no ha sido justificado por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, lo que genera una injustificada vulneración del principio de igualdad citado y determina la nulidad de su dictamen y de la resolución judicial basada en él.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento a lo resuelto en la cuestión que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel Eduardo Hernández a fs. 94/98 y anular la resolución del Primer Juzgado Penal Colegiado adoptada a fs. 92 vta., debiéndose remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. MARIO D. ADARO y JOSÉ V. VALERIO adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Daniel Eduardo Hernández a fs. 94/98 y anular la resolución del Primer Juzgado Penal Colegiado adoptada a fs. 92 vta.
- 2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal Penal Colegiado correspondiente, a fin de que la OGAP determine el juez que deberá continuar entendiendo en la causa y emitir un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

6- TORCETTA. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	-	-	AF	-	-	-	A	-		-	-	-	-	474

web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcTS.pdf

Lex: Art. 189 Bis del CP

Vox: Tenencia.

Summa:

El **JPC** otorgó al nombrado el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por el plazo de un año.

La **Fiscal** Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 33 de la Unidad Fiscal Correccional de la Primera Circunscripción Judicial interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado que suspendió el juicio a prueba en favor de F. A. T. S. en la presente causa, por el término de un año (ver fs. 90 y vta. y las constancias audiovisuales - minuto 2:30 y ss.).

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto y remite a los argumentos expuestos por la Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 33 de la Unidad Correccional.

La **SCJM** hace lugar al recurso de casación deducido por la Sra. Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 33 de la Unidad Correccional de la Primera Circunscripción Judicial y revocar la resolución dictada en la audiencia oral de fecha 22 de octubre de 2018 a partir del minuto 2:30 y ss., fs. 90 y vta., con relación a la suspensión del juicio a prueba concedida en beneficio de F. A. T. S.

Resolución cuestionada: Resolución dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado que suspendió el juicio a prueba-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Crecitelli Fliguer.
- Padilla González
- «Bustos Baldor»
- «Moreno Frías» 01-12-17- https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/171201_FcMFR.pdf
- «Ramón Mayorga»
- «González Farías»
- «Entre Ríos Oliva»
- «Rodríguez Rosales»
- «Ramos Sevilla» 04-04-19 <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(A.E.P.)

Fallo:

CUIJ: 13-04619996-5/1((018502-9263)) FC/ T. S. P/ TENENCIA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL SIN SU DEBIDA AUTORIZACION LEGAL (9263) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104702922*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04619996-5/1 caratulada “F./T. S. P/TENENCIA DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL SIN LA DEBIDA AUTORIZACIÓN LEGAL P/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación, quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

La Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 33 de la Unidad Fiscal Correccional de la Primera Circunscripción Judicial interpone recurso de casación a fs. 91/95 vta. contra la resolución dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado que suspendió el juicio a prueba en favor de F. A. T. S. en la presente causa, por el término de un año (ver fs. 90 y vta. y las constancias audiovisuales a partir del minuto 2:30 y ss.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La jueza del Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción otorgó a T. S. el beneficio de la suspensión del juicio a prueba por el plazo de un año.

Para ello, en primer lugar, recordó que el instituto solicitado es un derecho reconocido por la CN, el CP y el CPP. A ello contrastó que, no obstante lo dispuesto por la Res. 717/16, en el caso traído a estudio la tenencia de arma de uso civil sin la debida autorización legal es un delito formal en tanto el arma se encontró en el domicilio y no puede afirmarse ex ante –sin que se haya realizado el juicio oral– si se utilizó o no.

Todo ello la llevó a concluir que las circunstancias fácticas no encuadran en la mencionada resolución de la Procuración General, en tanto se aplica a casos «... en que se haya utilizado medios idóneos para generar un peligro común o armas de fuego», y en consecuencia otorgó la suspensión del juicio a prueba por el término de un año, fijándole ciertas reglas de conducta (ver constancias audiovisuales a partir del minuto 2:30 y ss.).

2.- Recurso de casación

La representante del Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución que concede el beneficio de la suspensión del juicio a prueba de conformidad con los arts. 474 inc. 2° y 475 del CPP.

La agente fiscal entiende que el resolutive impugnado resulta violatorio de normas que el código procesal establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (art. 474 inc. 2 del CPP).

Cita jurisprudencia de la Corte Federal en relación con el alcance que debe darse al art. 474. Relata que durante la audiencia de acusación la defensa del acusado solicitó el beneficio de la suspensión del juicio a prueba y recuerda que el Ministerio Público Fiscal manifestó expresa y fundadamente que no prestaba

su conformidad para la aplicación del mencionado instituto, en virtud de que se encontraba involucrada un arma de fuego.

En relación al requisito de consentimiento fiscal para el otorgamiento del instituto asevera que la jurisprudencia lo entiende necesario, ineludible y vinculante (cita el precedente de esta sala Penal de la Corte **«Padilla González»**).

En este mismo sentido cita jurisprudencia de otros tribunales. Asimismo, menciona el fallo **«Crecitelli Fliguer»** de esta Suprema Corte y destaca que «el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamen es en sentido negativo.

Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto de procedibilidad para que la “probation” pueda tener andamio; y ello es así porque el Ministerio Fiscal en el sistema acusatorio es el titular de la acción». «Cuando el representante del ministerio Público no presta el consentimiento, basta con que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción sujeto a las exigencias de fundamentación del art. 167 CPP, sino de una simple manifestación de voluntad de una de las partes que no requiere expresión de razones, es decir, que no se le debe imponer al representante del Ministerio Público una conclusión fundada cuando decide continuar ejerciendo la acción penal o cuando decide no otorgar el consentimiento para la suspensión del juicio a prueba, atento a que el ejercicio de la acción penal es una imposición de la ley ...».

Respecto a las razones por las que el fiscal interviniente denegó su consentimiento para la suspensión solicitada, en el recurso de casación menciona la Resolución N° 717/16 y argumenta que la negativa fiscal se fundamentó en razones de política criminal en pos de lograr la persecución de hechos graves y así erradicar las armas de fuego que se encuentran en situaciones irregulares y antirreglamentarias.

Sostiene su postura en el énfasis estatal en relación con los delitos cometidos con armas de fuego, como muestra de ello destaca la creación en el año 2005 de la Unidad Fiscal de Investigaciones RENAR con el objetivo de diseñar la investigación y persecución criminal para este tipo de delincuencia.

A ello agrega que la Procuración General, en el marco de políticas de Estado, firmó un convenio con el Registro Nacional de Armas a fin de cooperar en la investigación y denuncia de infracciones penales cometidas con armas de fuego, el que se materializó con la creación el Registro Nacional de Armas de fuego y materiales controlados, secuestrados o incautados –leyes 20.429 y 25.938–.

Afirma que la citada legislación ha tenido como objetivo implementar políticas tendientes a la disminución de delitos con armas y propone el desarme de la sociedad civil a través de un mayor control sobre el uso indebido y/o irregular de armas de fuego y materiales controlados.

En consecuencia, solicita se case parcialmente la resolución y se dicte nuevo pronunciamiento conforme a la ley y doctrina expuesta.

3.- Dictamen de la Procuración General

A fs. 106 el Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto y remite a los argumentos expuestos por la Fiscal Titular de la Fiscalía de Instrucción N° 33 de la Unidad Correccional contra la resolución dictada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante

Puesto a resolver el caso traído a estudio, adelanto que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la representante del Ministerio Público Fiscal por las razones que a continuación se exponen.

a.- De manera preliminar, y debido a ciertas imprecisiones en la invocación de jurisprudencia de este Tribunal advertidas en el recurso de casación planteado, encuentro pertinente realizar algunas consideraciones en relación a las condiciones bajo las cuales el consentimiento fiscal es vinculante para el juzgador.

De manera constante he sostenido que en materia de suspensión del juicio a prueba sólo el dictamen fiscal motivado es vinculante para quien juzga. El órgano jurisdiccional no puede, entonces, hacer lugar a la petición defensiva cuando el fiscal no presta su consentimiento para ello y se expide mediante un dictamen razonablemente fundado.

En este sentido he expuesto mi postura de forma concordante en los precedentes «**Bustos Baldor**», «**Moreno Frías**», «**Ramón Mayorga**», «**González Farías**», «**Entre Ríos Oliva**», «**Rodríguez Rosales**», entre otros.

Ahora bien, la recurrente en su escrito efectúa una cita parcial del precedente «**Crecitelli Fliguer**» (registrado en LS 546-094), específicamente de un segmento del voto mayoritario que suscribí en el que se afirmó que, cuando el Ministerio Público Fiscal no presta el consentimiento, basta con que manifieste la decisión de seguir ejerciendo la acción penal de manera inequívoca, pues no se trata de un dictamen o requerimiento sujeto a las exigencias de fundamentación del art. 167 del CPP, sino de una simple manifestación de voluntad de una de las partes que no requiere expresión de razones.

Sin embargo, y como ampliamente expliqué en el precedente «**Romero Díaz**», la cita mencionada por la presentante resulta ser un recorte parcial del voto íntegro al que adherí en aquella oportunidad.

Precisamente se citan expresiones que constituyen un obiter dictum adicional a la ratio decidendi del caso.

La invocación fragmentada en esos términos desnaturaliza por completo el sentido de aquella decisión.

Así, la coexistencia de mi posición con el fragmento citado por el recurrente responde a que el voto de mi colega de Sala, Dr. José Valerio, al que adherí en aquella ocasión, daba cuenta de dos posiciones jurisprudenciales diversas –la suya y la que sustentó– que conducían a la misma solución para el caso y que precisamente por ese motivo conformaban la solución mayoritaria.

Esa manera de manifestar el voto preopinante con la cita jurisprudencial de la posición que sostengo posibilitó mi adhesión, sin perjuicio de que el colega también expusiese allí su propio criterio.

Las razones por las cuales el dictamen fiscal debe manifestarse de manera fundada para operar como límite a la facultad jurisdiccional de conceder o no la suspensión del juicio a prueba, son de diferente orden y exceden el objeto de esta resolución. Baste con señalar que, al menos, existen dos motivos para exigirlo a mi entender.

En primer lugar, existe un deber procesal expresamente contenido en la ley según el cual el fiscal debe motivar sus decisiones, cuyo fundamento radica a mi entender en la necesidad de garantizar el control de razonabilidad de los actos del Ministerio Público Fiscal.

En efecto, el mandato procesal contenido en el art. 167 del CPP pretende hacer operativo el control republicano de razonabilidad de los actos del Estado, en este caso, a efectos de evitar arbitrariedad en el ejercicio de la acción pública.

En supuestos como el presente, esto implica que el funcionario debe dar a conocer las razones en virtud de las cuales toma la decisión de prestar o no su consentimiento para la suspensión del juicio. La adopción

de una actitud preventiva por parte de los jueces impide consagrar arbitrariedades al exigir una motivación plena y suficiente a la posición del fiscal.

Por eso al juez no sólo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad. En un segundo orden, la garantía del derecho de defensa exige también que tanto el acusado como su defensor se encuentren en posición de evaluar las razones del dictamen, pues el consentimiento constituye un requisito indispensable para la procedencia de la suspensión del juicio a prueba. Es decir, en tanto limita la potestad jurisdiccional de conceder o no el instituto, los motivos que determinan la posición fiscal deben hacerse públicos a efectos de posibilitar el control defensivo.

b.- Deslindada esta cuestión preliminar, del análisis del planteo recursivo y el dictamen emitido durante la audiencia por el Ministerio Público Fiscal advierto que la resolución pronunciada por el Segundo Juzgado Penal Colegiado ha concedido la suspensión solicitada a partir de fundamentos erróneos.

En efecto, el razonamiento efectuado por la a quo tomó como premisa de base el carácter infundado de la negativa fiscal. Así, cuestionó que la resolución de la Procuración General N° 717/16 ordena no prestar el asentimiento fiscal cuando se cree peligro común o se utilicen armas. La magistrada entendió que el hecho investigado en autos no encuadra en la resolución debido a que el arma se encontró en el domicilio y por ello se tomó conocimiento de que no se encontraba registrada.

Así, consideró que de la prueba aportada en autos no se encuentra acreditada la utilización del arma y por lo tanto no es aplicable la resolución. A partir de estas críticas descartó el consentimiento fiscal como requisito de procedencia del instituto solicitado, por falta de fundamentación, y concedió la suspensión del juicio a prueba de Torcetta Sanjurjo por el lapso de un año.

Sin embargo, del estudio de las constancias audiovisuales de la audiencia en cuestión surge que la representante fiscal motivó de manera suficiente su negativa para la suspensión del juicio a prueba, sin mencionar la resolución de Procuración General analizada por la magistrada.

De manera tal que una de las premisas del razonamiento de la a quo –esto es, el carácter infundado del dictamen fiscal– es errónea. En efecto, la ayudante fiscal negó su consentimiento «... **entendiendo que el mismo es vinculante, toda vez que es política criminal del mismo que en el caso de que los delitos que se investiguen estén involucradas armas de fuego atento a la peligrosidad de la misma, es decir, que haya tanto en la vía pública como en los domicilios armas de fuego y cuyos titulares no tengan una tenencia de los mismos dadas por el RENAR, es que conforme a la instrucciones recibidas en la presente causa por la Dra. García Cobos, no va a prestar el consentimiento para suspensión del juicio a prueba ...**» (ver constancias de audiovisuales a partir del minuto 1:34 y ss.).

La posición fiscal expresada en los términos citados no hace referencia alguna a la resolución de la Procuración General ni a la utilización de armas en otros delitos, sino que la opinión fiscal en el caso de autos se fundamenta en un criterio de política criminal respecto a la posesión de armas de fuego de forma ilegal en sí.

Asimismo, este razonamiento ha sido el defendido con mayor profundidad en el recurso de casación interpuesto y es lo que fundamenta el rechazo propiciado en la audiencia. Tales argumentos constituyen, a mi entender, motivación bastante para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal.

En consecuencia, estimo que la crítica de la a quo excede el control de razonabilidad al que está llamado y expone la existencia de vicios en el razonamiento de su decisión, que la tornan infundada. Así, en tanto

la vista conferida al Ministerio Público Fiscal fue evacuada conforme a derecho (art. 167 del CPP) y en contra de la concesión de la suspensión peticionada, no correspondía que fuese otorgada. La resolución cuestionada, en definitiva, no satisface los requisitos de motivación contenidos en el art. 155 del CPP.

c.- En base a los motivos expuestos, corresponde a mi entender hacer lugar al recurso de casación planteado por la representante fiscal (art. 462 del CPP).

ASÍ VOTO.

Voto. Dr. Valerio. Adhiere

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, POR SU VOTO, DIJO: Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «Lemos Guerrero», «Estrella», «Luna Amaya», y recientemente «Ramos Sevilla», entre otros). A mi entender, el agente fiscal debe fundamentar su dictamen solamente cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal, para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado –en este caso, suspensión del juicio a prueba–

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO DIJO: Atento el resultado a que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 91/95 vta. por la Dra. Gabriela García Cobos, Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 33, Unidad Fiscal Correccional, y, en consecuencia, revocar la resolución dictada en audiencia oral por el Segundo Juzgado Penal Colegiado en fecha 22 de octubre de 2018, fs. 91 y vta., en relación a la suspensión del juicio a prueba concedida a Federico Andrés Torcetta Sanjurjo, en consecuencia, remitir los presentes autos al tribunal de origen a fin de que la causa continúe según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. JOSÉ V. VALERIO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por la Sra. Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N° 33 de la Unidad Correccional de la Primera Circunscripción Judicial a fs. 91/95 vta. y revocar la resolución dictada en la audiencia oral de fecha 22 de octubre de 2018 a partir del minuto 2:30 y ss., fs. 90 y vta., en relación a la suspensión del juicio a prueba concedida en beneficio de F. A. T. S..

2.- Remitir los presentes autos al tribunal de origen a fin de que continúe la causa según su estado.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

Capítulo X.

Delitos contra el orden público.

Asociación ilícita.

CAPÍTULO X. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. Asociación ilícita.

1- AMOROSO. 11-03-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
				PCE										474
				IA										-1°
-	M	M	ANA	Mul	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=15>

Lex: Art. 210, 166 inc. 2°, 3° párrafo; 163 inc. 6; 277 inc. 1°, letra c) en función con el inc. 3°, letras b) y c) del CP

Vox: Asociación ilícita. Robo agravado. Arma de fuego. Hurto agravado de vehículo. Encubrimiento agravado. Valoración de la prueba

Summa:

La **Séptima Cámara del Crimen (TPC N° 1°)** condenó al señalado a la pena de **seis años de prisión de cumplimiento efectivo** con más la inhabilitación absoluta por igual término al de la condena y multa de pesos cuarenta mil (\$40.000)

La **defensa** de Miguel Ángel Aiello Gómez interpone recurso de casación (art. 475, inc. 1° y 2° CPP) por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo, detecta una motivación contradictoria, insuficiente y una interpretación arbitraria de los elementos de prueba.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación, considerando que los vicios denunciados por el recurrente no se verifican en los fundamentos impugnados, constituyendo sus cuestionamientos tan sólo un criterio diverso de valoración.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 5.549, pronunciada por la Séptima Cámara del Crimen (Hoy TPC N° 1)- 1 CJ.

Fallos relacionados

a-CNACC

- P.A., J.E. 31-10-16:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/fallos44312.pdf>

b-CFCC

- Battistessa 10-05-14:

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos39039.pdf>

Precedentes relacionados

Valoración de la prueba.

a-SCJM

- Quiroga Morales. 10-09-19:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=192>

- Agüero. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcAguero.pdf

- Navarro. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcNLL.pdf

- Cabral. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Vergara. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Moyano López. 04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Carmona Rodríguez. 06-04-22:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769>
- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(D. F.)

Fallo:

CUIJ: 13-04356393-3/1((018601-104410)). FC/AMOROSO ARAOZ HUGO J., AIELO GOMEZ MIGUEL A., MORALES HERRERA ROBERTO D. Y CALVO RAMIREZ RICARDO M. P/ASOCIACION ILICITA (104410) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104433509*.

En Mendoza, a los once días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04356393-3/1 caratulada “F. c/ Amoroso Araoz, Hugo y Ots. p/ Asociación Ilícita ... s/ Casación”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Omar A. Palermo; segundo, Dr. José V. Valerio y tercero, Dr. Mario D. Adaro.

La defensa de Miguel Ángel Aiello Gómez interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 5.549, mediante la que se condenó al nombrado a la pena de 6 años de prisión, con más la inhabilitación absoluta por igual término al de la condena y multa de pesos cuarenta mil (\$40000.-) como autor penalmente responsable de los delitos de asociación ilícita, robo agravado por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, hurto agravado por ser de un vehículo dejado en la vía pública y encubrimiento agravado (arts. 210; 166, inc. 2°, tercer párrafo; 163, inc. 6; 277, inc. 1°, letra c) en función con el inc. 3°, letras b) y c), todos del C.P.), declarándolo reincidente; pronunciamiento dictado por la entonces Séptima Cámara del Crimen en autos N° P-104.410/14.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿qué solución corresponde?

Tercera: Pronunciamiento sobre costas

Sobre la primera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado, actuando en forma colegiada, resolvió del modo precedentemente señalado, por entender acreditado que «[...] el señor Miguel Ángel Aiello Gómez, junto con más de dos sujetos, integró un[a] organización, destinada a cometer diferentes tipos de delitos. Que la agrupación se encontraba operando por lo menos desde el día 25 de julio de 2014. Que estas personas se habían organizado entre sí, y actuaban utilizando un “modus operandi” similar en todos los casos. Así el señor Aiello junto a otros individuos se dedicaba a la sustracción de vehículos para luego revenderlos en esta provincia o desguazarlos, o venderlos a personas que viajaban a San Juan, en donde luego eran adulterados y desarmados; también la agrupación se dedicaba a sustraer bienes de viviendas y a vender electrodomésticos y autopartes mal habidos e incluso, algunos integrantes de la misma llevaban los vehículos sustraídos a la provincia de San Juan para desguazarlos o adulterarlos» (hecho investigado en autos N° P-104.410/14 –fundamentos, fs. 2720 vta.-).

Para así decidir, el Tribunal valoró principalmente los informes policiales que contienen las desgrabaciones de las numerosas comunicaciones telefónicas mantenidas entre varias personas cuyas líneas se encontraban intervenidas y la declaración testimonial del Comisario Marcelo Villanueva.

De igual modo, estimó probado que «el día 13 de febrero de 2.015, siendo aproximadamente las 10:30 horas, la víctima de autos dejó estacionado su vehículo marca Fiat 128, Dominio SPP-299, 1.3, color crema, cuatro puertas, con llantas “lava”, chapería y pintura original, sobre el costado este de [c]alle Rioja, a unos

quince metros de [c]alle Morón de la [c]iudad de Mendoza, y al regresar a las 19.00 [hs.], el vehículo ya no se encontraba en el lugar. Asimismo, y aprovechándose de las circunstancias en que el vehículo había sido dejado en la vía pública, Miguel Angel Aiello Gómez desactivó la alarma del vehículo y sustrajo ilegalmente dicho rodado, con la colaboración de otro sujeto, que se encontraba en las cercanías del lugar y observaba si alguien se daba cuenta de que estaban secuestrando el vehículo» (hecho investigado en autos N° P-17.506/15 –fundamentos, fs. 2735 vta.-).

Para llegar a esa conclusión, el Tribunal valoró, entre otros elementos, la declaración testimonial de Juan Carlos Caballero, acta de denuncia, informe policial y desgrabaciones de comunicaciones telefónicas.

Asimismo, el Tribunal tuvo por acreditado que «el día 8 de agosto de 2014, siendo las 9.15 horas en el domicilio ubicado en calle Belgrano N° 568 de Maipú, Mendoza, mientras la víctima de autos se encontraba en su vivienda junto con su empleada de nombre Mariela de los Angeles Natalia Torres Tello, fue que la víctima recibió una llamada telefónica a su teléfono fijo, en donde Miguel Angel Aiello Gomez y otro sujeto, se hicieron pasar por empleados de ADT, informándole que había sonado la alarma. Al cabo de unos minutos tocaron el timbre los nombrados precedentemente, quienes se trasladaban en [u]n vehículo con el logo de la Empresa ADT y con vestimentas de la misma empresa. Acto seguido, ingresaron al domicilio y simularon que existía un desperfecto con la alarma, y le preguntaron a la víctima, si se iba a encontrar en todo el día en la casa, a lo que la víctima respondió que en horas de la tarde se iba a la peluquería. Posteriormente, siendo las 12.15 horas aproximadamente y una vez que la empleada Mariela Torres se retiró del lugar, Miguel Aiello y el otro individuo regresaron al domicilio; la víctima los hizo ingresar y mientras uno se dirigió al dormitorio el otro permaneció con la víctima, exhibiéndole un arma de fuego y manifestando que era un asalto, que le entregara todo el dinero y específicamente los dólares porque Mariela, la empleada les había dicho que ella tenía ese dinero. Ello así, la víctima les entregó a los autores dos mil pesos, una medalla de oro, unos aritos, una alianza de cazada, dos anill[o]s de oro con brillante y posteriormente se retiraron del lugar» (hecho investigado en autos N° P-82.259/14 –fundamentos, fs. 2737 vta.-).

El sentenciante tomó la decisión precedente en virtud de ponderar principalmente las declaraciones testimoniales del Auxiliar de Policía Diego Adrián Verón y del Auxiliar Segundo de César Armando Caballero como también las actas de procedimiento, denuncia e inspección ocular, las actas de secuestro, los informes policiales, informes de telefónica y copias de actuaciones policiales con desgravaciones.

Finalmente, consideró probado que «aproximadamente las 7:30 horas del día 07 de enero de 2.015, en circunstancias en que la víctima de autos había dejado estacionado su vehículo, marca Land Rover Defender 110 TDI, Dominio CHN-373, modelo 1.998, color blanco, sobre [c]alle Monseñor Verdaguer, entre [c]alle Teniente Primero Ibáñez y República de Siria de la [c]iudad de Mendoza, dicho rodado fue sustraído. Luego de ello, el señor Miguel Ángel Aiello Gómez, ofreció a la venta las autopartes de la camioneta en cuestión en cuestión que había recibido» (hecho investigado en autos N° P-2425/15 -fundamentos, fs. 2741).

Para así decidir, el Tribunal tuvo en cuenta, particularmente, la declaración testimonial de Yemina Vivian Betjane Quinta, acta de denuncia y copia de las actuaciones policiales con las desgrabaciones de comunicaciones telefónicas.

2.- El recurso de casación de la defensa de Miguel Ángel Aiello Gómez

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° y 2° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando y vicios in procedendo en la resolución que cuestiona.

Sostiene que en la sentencia se detecta una motivación contradictoria, insuficiente y una interpretación arbitraria de los elementos de prueba incorporados, destacando las falencias que advierte en cada causa.

2.1.- Expediente N° P- 104.410/14

Expresa que tanto el sentenciante como el representante del Ministerio Público Fiscal basan la existencia del delito de asociación ilícita en los siguientes aspectos: permanencia, logística e interacción entre todos sus integrantes, extremos que no surgen acreditados en autos.

Por otro lado, señala que no puede sostenerse que Aiello haya administrado el lavadero de calle Salta 445 de Godoy Cruz ni que haya tenido una relación contractual con una persona de apellido Gómez –quien sería su propietario–, puesto que durante el tiempo que se le endilga esa administración, su defendido se encontraba privado de la libertad –en virtud de una condena de la Segunda Cámara del Crimen– y en virtud de que no existe ningún instrumento o declaración testimonial que acredite la relación contractual, sino tan sólo los dichos de la prevención.

Luego de expresar que la existencia de la asociación ilícita requiere la constatación del vínculo criminoso que asocia permanentemente a sus autores para delinquir y que no basta la integración de tres personas, sino que se exige una colaboración para que se ejecuten hechos punibles previamente determinados con un propósito de delinquir. Sostiene que en el presente caso las escuchas telefónicas no acreditan tales requisitos, por lo que no existe asociación ilícita dentro de las previsiones del art. 210 del C.P.

Agrega que la circunstancia de que los coimputados de las causas conexas hayan realizado juicios abreviados obedece a la finalidad de obtener beneficios en su situación procesal pero no los relaciona con Aiello y no puede constituir prueba de cargo en su contra.

2.2.- Expediente N° P-82.259/14

El impugnante considera que el hecho investigado en esta causa no se encuentra acreditado, en tanto de las manifestaciones entre los interlocutores -conforme surge de los fundamentos cuestionados- nada dicen de lo manifestado por la víctima; nunca se menciona empresa o logo que habrían vestido los autores; se los vincula con una empleada doméstica que luego fue sobreseída; no se efectuaron reconocimientos en rueda de personas; y en los allanamientos practicados no se secuestró ningún elemento que implicara a su defendido.

2.3.- Expediente N° P-17.506/15

Sostiene que la condena se basa en las escuchas telefónicas dispuestas en la causa principal, a partir de las cuales el sentenciante trata de concluir que los interlocutores se están refiriendo al vehículo sustraído, pero la propia víctima ha expresado no haber visto nada, ni saber de alguien que le hubiera aportado datos y de las escuchas no surge ninguna identificación del automóvil en cuestión.

2.4.- Expediente N° P-2425/15

La defensa de Aiello entiende que no se ha configurado el delito de encubrimiento por receptación dolosa agravado por la finalidad de lucro por el que fue condenado, ya que de las escuchas practicadas no se acredita que su defendido haya adquirido vehículo o parte alguna, que haya ejercido actos de propiedad, que haya recibido las mismas para luego ofrecerlas o que las haya guardado.

Finalmente, formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que el recurso de casación deducido debe ser rechazado sustancialmente, ante la inexistencia en el fallo impugnado de inobservancias de las normas que pudieran

acarrear su nulidad y tampoco violaciones a los principios de la sana crítica racional, ni una errónea aplicación de la ley sustantiva.

4.- La solución

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Miguel Aiello Gómez, en tanto no se advierte en la resolución cuestionada falencias que habiliten su revocación. Paso a explicarlo.

A fin de ordenar el tratamiento de los agravios casatorios, éstos serán abordados conforme fueron expuestos por el recurrente, es decir, en relación a cada una de las causas en que el imputado resultó condenado.

5.1.- Expediente N° P- 104.410/14

En relación a la causa de referencia, el impugnante se agravia principalmente de una supuesta falta de acreditación de los extremos requeridos para que se configure la figura penal de asociación ilícita y, en ese orden, cuestiona el modo en que han sido valorados los elementos de prueba incorporados e, inclusive, los juicios abreviados efectuados por los coimputados. Sin embargo, considero que de los fundamentos recurridos no surge ninguna de las falencias denunciadas.

Al respecto, cabe recordar que los elementos constitutivos del tipo objetivo previsto en el art. 210 del C.P. resultan ser tres: 1) el tomar parte en una asociación; 2) un número mínimo de partícipes; y 3) el propósito colectivo de delinquir.

A su vez, para que se configuren los dos primeros requisitos es necesario –como en toda asociación, aún en las ajustadas a derecho– que se verifique: a) un acuerdo entre varias personas para el logro de un fin; b) la existencia de una estructura para la toma de decisiones aceptada por los miembros; c) la actuación coordinada entre ellos mediante el aporte personal de cada uno; y d) la permanencia del acuerdo.

En relación al tercer elemento, esto es la orientación a cometer delitos dolosos indeterminados, debe señalarse que es el que establece la ilicitud de la asociación.

En el caso sometido a estudio, entiendo que tales extremos efectivamente han sido analizados por el sentenciante, de acuerdo a su postura doctrinal y a las constancias de la causa, concluyendo que «qued[ó] debidamente acreditado que un grupo integrado por más de dos personas –entre ellos “Miguel”–, se habían organizado para cometer diversos delitos. Entre esos delitos, surge claramente como especialización de este grupo el sustraer vehículos de la vía pública –para venderlos enteros o sus partes–, y también luce evidente que se dedicaban a ingresar a viviendas para robar/hurtar dinero y bienes valiosos –que también después vendían–. También, surge [...] que los integrantes [...] actuaban organizadamente y hasta con cierto reparto de roles: personas como Miguel, Maxi, Osvaldo, Tío Poletto, Chizo y Narigón, se dedicaban a robar/hurtar automóviles y viviendas; Sanjuanino –desde la provincia de San Juan–, les encargaba los coches y repuestos» y que «el encartado, integraba el grupo que se dedicaba de manera habitual a cometer delitos» (fundamentos, fs. 2726 vta./2728).

Como se advierte, el a quo consideró acreditados todos los extremos exigidos para la configuración del delito oportunamente intimado a Miguel Aiello.

Así, conforme las pautas antes reseñadas y de acuerdo a los aspectos fácticos que se tuvieron por acreditados, en autos se verifica la existencia de un acuerdo entre varias personas para el logro de un fin, en tanto Aiello y «Maxi, Osvaldo, Sanjuanino, Narigón, Chizo, Damián, Tío Coletto, Gringo y Chileno» se comunicaban y acordaban «trabajar», aludiendo con ello a «salir a sustraer –robar o hurtar– vehículos o

viviendas»; «partir coches», es decir, «desguazarlos y vender los repuestos»; o «hacer un blindado» por ejemplo, como sostuvo el Tribunal de juicio en sus fundamentos (fs. 2725 vta./2726).

También se advierte una estructura para la toma de decisiones aceptada por los miembros y la actuación coordinada entre ellos con un aporte personal de cada miembro, ya que -como se adelantó en párrafos anteriores- “Miguel”, “Maxi”, “Osvaldo”, “Tío Poletto”, “Chizo” y “Narigón” se dedicaban «a robar/hurtar automóviles y viviendas» y “Maxi” desguazaba mientras que “Sanjuanino” les encargaba los coches y autopartes que necesitaba.

Asimismo y en relación al presupuesto de permanencia en el acuerdo, el Tribunal entendió que quedó demostrada «a través de la prolongación de la actividad en el tiempo; ya [...] que las primeras escuchas datan de julio/agosto de 2014, la segunda tanda va de diciembre de 2014 a abril de 2015, es decir, aún con las interrupciones, [...] transcurren más de nueve meses y las comunicaciones son prácticamente diarias» (fundamentos, fs. 2726 vta.)

Finalmente, en lo que concierne a la orientación de la asociación para cometer delitos, el a quo explicó adecuadamente los motivos por los cuales consideró que lo que los miembros de la asociación denominan «trabajo», no constituye otra cosa que la actividad delictiva a la que antes se hizo referencia, es decir, robos, hurtos de vehículos o viviendas, desguace de automóviles y venta de autopartes, entre otros.

En virtud de ello, considero que, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, los requisitos exigidos para la configuración de la figura penal atribuida a su defendido lucen claramente acreditados con la información que surge de las intervenciones telefónicas legítimamente dispuestas e incorporadas a la causa.

Si bien el impugnante sostiene que no puede sostenerse que su defendido haya manejado el lavadero de calle Salta 445 de Godoy Cruz, puesto que –a su entender– tal circunstancia no surge acreditada en autos, debe tenerse en cuenta que el a quo ponderó esta circunstancia a los fines de determinar si la persona que ejercía actividades en el lavadero que funcionaba en la dirección indicada y que la persona aludida como “Miguel” o “Miguel Ángel” en las conversaciones telefónicas captadas por la intervención –y a quién se le atribuye el accionar ilícito antes detallado– resultaban ser el mismo individuo.

En ese orden, entiendo acertado el análisis efectuado por el sentenciante, en tanto detalló minuciosamente los extremos que lo llevaron a sostener que se trataba de la misma persona, sin que resulte relevante a los fines de la investigación la circunstancia de si efectivamente Aiello estuvo a cargo del lavadero en cuestión o si tuvo alguna relación contractual con su propietario. En efecto, luego de cotejar el contenido de las conversaciones intervenidas, el Tribunal concluyó que el número telefónico intervenido «era utilizado por una persona que se llamaba Miguel Ángel, al que algunos apodaban Negro, que frecuentaba asiduamente el domicilio en el que dijo el encartado vivir –Groussac 487– y el de calle Salta 445, donde funcionaba un lavadero; y a su vez, que su hermano se llamaba Juan José Luis Aiello [...] ningún margen de duda puede existir de que el señor Miguel Ángel Aiello era el usuario de la línea intervenida, y por consiguiente, uno de los integrantes de la agrupación que se dedicaba a actividades ilícitas» (fundamentos, fs. 2728).

Asimismo, no puede soslayarse que el a quo sí tuvo en cuenta el periodo de tiempo en que Aiello estuvo privado de su libertad, lo que no es óbice para que se haya tenido por acreditada su intervención en estos obrados teniendo en cuenta que las actividades ilícitas investigadas se produjeron durante un periodo de tiempo prolongado, aún con interrupciones –más de nueve meses–. Además, el sentenciante dejó en claro que no se ignoraba que «para la fecha de comisión de los hechos denunciados en la causa P-33.475/14 el señor Aiello se encontraba privado de libertad», no obstante las referencias a esa causa se efectuaron

para explicar «el origen, causa o motivo por el cual se solicitaron las intervenciones telefónicas agregadas en estos autos, independientemente de la vinculación –o desvinculación– de Aiello con la sustracción del vehículo Kangoo investigada en aquellos obrados». Y agregó que «el informe de fs. 80/111 que da cuenta de las actividades del señor Aiello, está datado en noviembre de 2014, fecha en la que el encartado, ya hacía 7 meses que estaba en libertad; es decir, lejos resulta de ser incompatible el informe en cuestión con la privación de libertad que había sufrido el señor Aiello con anterioridad» (fundamentos, fs. 2727). En lo que respecta a la circunstancia de que los coimputados hayan optado por resolver su situación procesal mediante la aplicación del juicio abreviado, corresponde señalar que de ningún modo ha sido valorada por el a quo para tener por acreditada la responsabilidad de Aiello en el hecho endilgado. En efecto, no se advierten los motivos por los cuáles el recurrente se agravia de que la circunstancia descripta constituya prueba de cargo contra su defendido, en tanto de los fundamentos cuestionados no surge que el a quo ni siquiera haya mencionado tal extremo y, mucho menos, que haya procedido a ponderarlo como un elemento de cargo contra Aiello.

En virtud de lo expuesto, estimo que los agravios casatorios no constituyen más que un modo diverso de interpretar los elementos de prueba incorporados a la causa como también de calificar los hechos, propio de la posición procesal que ocupa, que resultan insuficientes para desvirtuar los argumentos del sentenciante y, por ello, deben ser rechazados.

5.2.- Expediente N° P-82.259/14

En relación a los autos aquí individualizados, el impugnante sostiene que el hecho atribuido a su defendido no se encuentra probado, puesto que de las conversaciones intervenidas nada se dice de lo manifestado por la víctima y nunca se menciona empresa o logo que habrían vestido los autores. Asimismo, pone de resalto que se vincula a los autores con una empleada doméstica que luego fue sobreseída, que no se efectuaron reconocimientos en rueda de personas y que en los allanamientos practicados no se secuestró ningún elemento que implicara a Aiello. No obstante lo cual, considero que tales cuestionamientos deben ser rechazados.

Ello, en tanto ya fueron introducidos durante el debate oral y público y, como consecuencia de ello, materia de adecuado tratamiento por parte del Tribunal de juicio, el que consideró que «ninguno de los motivos indicados por la [d]efensa entran en colisión con los dichos de la víctima, y mucho menos pueden generar dudas sobre la autoría y responsabilidad que le cupo al señor Aiello» (fundamentos, fs. 2739 vta.). En efecto, coincido con la apreciación del sentenciante en cuanto a la «total correspondencia entre el relato que efectuó la señora a los policías que concurrieron a la escena de los hechos y luego en la Oficina Fiscal, con el relato que hizo e[l] encartado telefónicamente a sus interlocutores “Maxi” y “Damián” el día del hecho», dando «en esas conversaciones demasiadas circunstancias vinculadas al hecho: hasta el monto del botín: \$2.000 divididos en Mil –dentro de un cajón– y Mil en otro lado, y agregó por añadidura el medallón de oro [...] también dijo que entraron y salieron dos veces de la vivienda» (fundamentos, fs. 2739 vta.).

Si bien es cierto que algunos detalles no son plenamente coincidentes -como ocurre con el hecho de que en las conversaciones telefónicas no se haya manifestado que los autores se presentaron con el logo de ADT en su vestimenta y vehículo, sino que simplemente se haya mencionado la circunstancia de que se hicieron pasar por técnicos-, lo cierto es que aquellos son irrelevantes si se consideran las coincidencias precedentemente señaladas y otras, tales como que el dato había sido suministrado por la empleada de la víctima y que los autores del hecho dejaron olvidado un destornillador, las que sí se fueron mencionadas en los diálogos telefónicos intervenidos.

Ante tal contundencia, la falta de secuestro de elementos relacionados con la causa como de un reconocimiento en rueda de personas, en nada modifica la solución a la que llegó el a quo, en función de lo cual los agravios casatorios en este punto deben ser desestimados.

5.3.- Expediente N° P-17.506/15

En relación al hecho investigado en esta causa, el recurrente considera que no se encuentra probado, puesto que de las escuchas telefónicas no surge que el vehículo sustraído sea el que se le sustrajeron a la víctima de autos y ésta manifestó no haber visto nada.

Al respecto, cabe señalar –como surge evidente de los fundamentos cuestionados– que el principal elemento de prueba obrante en las presentes actuaciones y sus acumuladas lo constituyen las intervenciones telefónicas ordenadas y producidas en el marco de la causa principal N° P-104.401/14. Con base en ellas y en la contundencia de la información que suministran, el sentenciante ha tenido por acreditado varios de los hechos atribuidos originariamente al imputado Aiello, pero no todos, como se advierte en las numerosas absoluciones dictadas en el marco del mismo debate oral y público. Es decir que, luego de cotejar el contenido de las comunicaciones intervenidas con los elementos de prueba producidos en cada causa, el a quo ponderó si la información obtenida de las primeras tenía el suficiente valor probatorio para tener por acreditados o no los hechos endilgados a Aiello.

Esto es lo que ha ocurrido en las presentes actuaciones, donde el Tribunal de juicio –luego de una adecuada tarea crítica– consideró que, aún cuando la víctima de autos no haya presenciado el momento en que su automóvil fue sustraído, aportó algunos datos particulares del vehículo que resultan coincidentes con la situación descripta por Aiello en su conversación con “Claudio” (conforme, desgrabación agregada a fs. 327 vta. de autos N° P-104.410/14), tales como «la fecha, el horario, y las características del rodado (naftero, con llantas lava, con la documentación en su interior y la alarma activada)», lo que llevó al sentenciante a concluir «sin margen de dudas que fue el señor Aiello el que sustrajo –desactivando la alarma–, el coche del señor Caballero» (fundamentos, fs. 2736 vta.).

En virtud de ello, entiendo que los argumentos del recurrente no logran desvirtuar el razonamiento cuestionado y por ello deben ser rechazados.

5.4.- Expediente N° P-2425/15

Respecto de esta última causa, la defensa de Aiello entiende que tampoco se encuentra acreditado el delito por el que su defendido fue condenado, esto es, encubrimiento por receptación dolosa agravado por la finalidad de lucro, en razón de que no surge de las escuchas que haya adquirido algún vehículo o autoparte, que haya recibido las mismas para luego ofrecerlas o que las haya guardado.

Sin embargo, estimo que este agravio tampoco puede tener acogida en esta instancia, en tanto el a quo ha dado fundadas razones para considerar acreditado que el imputado Aiello efectivamente tuvo en su poder la camioneta Land Rover sustraída a la señora Betjane Quintana y ofreció a la venta su caja doble y sus dos diferenciales.

Si bien el sentenciante entendió que, de acuerdo a los elementos de prueba incorporados, no se había podido acreditar quién había sustraído el vehículo automotor, de ellos sí se pudo corroborar que Aiello lo recibió –puesto que éste aseveró tenerlo en su poder– y que ofrecía sus autopartes a la venta, conforme surge de los desgrabados de las intervenciones telefónicas agregadas a fs. 17 de estas actuaciones.

Como dato que reafirma la identidad entre el vehículo sustraído y el que Aiello manifestó tener en su poder, el Tribunal puso de resalto que «en Mendoza [...] no son muchas las Land Rover existentes, como para poder predicar que justo el día 7 de enero de 2017 y a las horas de que fuera sustraída la camioneta [...], el señor Aiello se encontraba en posesión de otra Land Rover también modelo 1998» y que la

denunciante «indicó que su Lan Rover tenía una característica muy poco usual: tenía motor británico, no brasilero, y justamente cuando el señor Aiello ofrece a su interlocutor el motor de la Land Rover que él tenía en su poder, indica que se trata de un motor Maxion (“Marshon” [...])» (fundamentos, fs. 2742).

En virtud de ello, considero que –contrariamente a lo sostenido por el recurrente– no caben dudas que el imputado tenía en su poder la camioneta previamente sustraída a su propietario y ofreció a la venta sus autopartes.

Asimismo, advierto que el a quo ha justificado de manera suficiente la existencia de los demás elementos constitutivos de la figura penal atribuida al imputado, esto es, el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, el ánimo de lucro y la habitualidad de la actividad desplegada, en tanto sostuvo que «[n]o se puede dudar de que [Aiello] conociera efectivamente la procedencia ilícita del bien, pues, nadie recibe una camioneta de esas características para desguazarla y vender las autopartes»; que «por estar ofreciendo a la venta las autopartes, el ánimo de lucro emerge obvio» y que «la habitualidad [...] surge de todas las escuchas que obran en la causa P-104410/14» (fundamentos, fs. 2742).

Conforme lo expuesto, entiendo que los vicios denunciados por el recurrente no se verifican en los fundamentos impugnados, constituyendo sus cuestionamientos tan sólo un criterio diverso de valoración, fundado en el rol que desempeña, pero insuficientes para conmovérselos.

En virtud de esas consideraciones, entiendo que corresponde dar respuesta negativa a la primera cuestión propuesta.

ASÍ VOTO.

Voto Dres. Valerio y Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Sobre la tercera cuestión, el Dr. Omar A. Palermo dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Pablo R. Rotondi en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión, los Dres. José V. Valerio y Mario D. Adaro adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se

Resuelve:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 2761/2782 de autos y, en consecuencia, confirmar la Sentencia N° 5.549 dictada por la entonces Séptima Cámara del Crimen.

2.- Imponer las costas a la vencida y regular los honorarios profesionales del Dr. Pablo R. Rotondi en la suma de pesos veintisiete mil novecientos uno con 86/100 (\$ 27.901,86) a cargo de su defendido por su labor en esta etapa (arts. 557 y 560 del CPP y 16 de la Ley 9131).

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

Capítulo XI.

Delitos contra la administración pública.

CAPÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1- RAMOS SEVILLA. 04-04-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG		-		-	-	-	A	-	-	-	-	SJP	N	-2°

Web: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=27>

Lex: Art. 239 del CP. Ley 24632 y 26485. Res. 148/12 de la Procuración General.

Vox: SJP. Desobediencia. Dictamen Vinculante. Violencia de Género.

Summa:

El **Juzgado Correccional** concedió al imputado la suspensión del juicio a prueba por el término de doce meses; a pesar del dictamen negativo del Sr. Fiscal, por no considerarlo vinculante.

El **Fiscal** subrogante de la Primera Fiscalía Correccional de San Rafael, interpone recurso de casación por adolecer el pronunciamiento cuestionado, de vicios in iudicando e in procedendo. Se agravia de la anulación efectuada por el a quo de su dictamen el que se encuentra debidamente fundado, por lo que no es nulo y tiene la fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional

El **Procurador General** mantiene el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal, remitiéndose a los argumentos esbozados oportunamente por el impugnante.

La **SCJM** hacer lugar al recurso de casación deducido, revoca la resolución del Juzgado Correccional disponiendo que la causa continúe según su estado.

Resolución cuestionada: Auto SJP, pronunciado por el Juzgado Correccional N°1-2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Bustos Baldor. 02-03-10:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>
- Mezza. L.S. 268-040;
- Silva, Hugo. 17-02-09:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MDkxOTkxMzg=&tabla=c2M=>
- González Martín. L.S. 426-042
- Fernández Castillo. L.A. 288-003
- Guiñazú Samo. L.A. 291-029;
- Moreno Frías 01-12-17: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=904>
- Lemos Guerrero 28-11-18:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=906>
- Estrella.
- Luna Amaya.
- Bernales Vargas. 28-12-16:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

- Sánchez
- Cruzate

b-CSJN

- Góngora»23-04-13:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7008981&cache=1673224038444>

Normativa citada.

- Res. 148/12 Procuración General Ministerio Público Fiscal de Mendoza

<https://mpfmza.jus.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/2019/11/RES-148-12-DIRECTIVAS-SU-SP-JUICIO-A-PRUEBA-VIOLENCIA-DE-GENERO1.pdf>

- Convención de Belém do Pará

Parágrafos destacados

“[e]l dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal, en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y que no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamina en sentido negativo. Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto de procedibilidad del instituto analizado...”

“[l]a actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad”

“[e]l agente debe fundamentar su dictamen cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio peticionado -en este caso, suspensión del juicio-.”

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio. Palermo.

(A.H.)

Fallo:

CUIJ: 13-04184946-5/1((021201-20966)). FC/R. S. A. A. P/ DESOBEDIENCIA (20966) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN. *104251263*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de abril del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04184946-5/1 caratulada "Fc/ R. S. A. A. p/desobediencia (20966) p/ recurso ext.de casación".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. Mario D. Adaro, segundo Dr. José V. Valerio, y tercero Dr. Omar A. Palermo.

El Fiscal subrogante de la Primera Fiscalía Correccional de San Rafael de la Segunda Circunscripción Judicial, interpone recurso de casación contra el auto agregado a fs. 82/85, en cuanto acordó a A. A. R. S. la suspensión del juicio a prueba en la presente causa por el término de doce (12) meses, pronunciamiento dictado en autos N° 20.966 P2-112313/15 por el Primer Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

Segunda: En su caso, ¿qué solución corresponde?

Sobre la primera cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

1.- Resolución recurrida

El Primer Juzgado Correccional de la Segunda Circunscripción Judicial, resolvió conceder a A. A. R. S., imputado de autos, la suspensión del juicio a prueba por el término de doce (12) meses. El pronunciamiento aludido tuvo lugar a pesar de la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal, por entender el magistrado interviniente que el dictamen fiscal no resulta vinculante en el caso toda vez que, a su criterio, no se encuentra debidamente fundado como lo requiere la norma procesal.

El a quo tomó en consideración que en el caso resulta aplicable la condena de ejecución condicional y que el representante del Ministerio Público Fiscal invocó las disposiciones de la ley 24.632, como si se estuviera ante un caso de "violencia de género", para fundamentar su negativa al beneficio solicitado, lo que -a su criterio- no aparecía reflejado en las constancias de la causa y determinaba que el dictamen emitido no se encuentre debidamente fundado

Además, el juez correccional explicó los requisitos que, a tenor de la Convención de Belém do Pará y la Ley n° 26.485, debe revestir un caso para constituir un supuesto de "violencia de género" y analizó en base a ello el hecho investigado en autos. Así, concluyó que «no puede inferirse que la agresión haya sido dentro de lo que se denomina "contexto de género"».

En relación al **precedente "Góngora" de la CSJN**, citado por el fiscal en su dictamen, señala que no resulta de aplicación al caso dado que en dicho fallo no se cuestionó la calificación en razón del género del hecho, sino que expresamente fue dejado fuera de análisis por no ser objeto de agravio.

Luego de dicho análisis, sostuvo que el delito atribuido permitía dejar en suspenso el cumplimiento de una hipotética condena y que, por no haberse constituido actor civil en autos, no era necesario que existiese ofrecimiento de reparación del daño alguno.

2. Recurso de casación

El recurrente funda su queja en el art. 474 incs. 1 y 2 y 475 del C.P.P., es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in iudicando e in procedendo.

Se agravia de la anulación efectuada por el a quo de su dictamen, dado que -a su entender- se le podría criticar lo escueto o concreto, mas no lo infundado toda vez que los argumentos allí esgrimidos cuentan con respaldo legal, así como de conveniencia político-criminal. Sostiene que en el dictamen se caracterizó el hecho como de violencia doméstica, siendo éste uno de los ámbitos contemplados en las previsiones de la ley 26.485.

Crítica al juzgador haber pasado por alto el requerimiento de citación a juicio obrante a fs. 49/50 de autos, pieza procesal en la que se analizan los hechos enrostrados al imputado, calificados como desobediencia judicial, a los términos del art. 239 del C.P.

Explica que la conducta llevada a cabo por el imputado se encuentra inmerso dentro del contexto de las disposiciones de las **leyes 24.632 y 26.485** y de la Convención de Belém do Pará, en función de la que se ha dictado la **Res. 148/12 de la Procuración** General y motivo por el cual no se prestó el consentimiento para la suspensión solicitada.

Por tales motivos, señala que el dictamen emitido en autos se encuentra debidamente fundado, por lo que no es nulo y tiene la fuerza vinculante que en dichas circunstancias reviste para el órgano jurisdiccional.

Entiende que el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba no constituye un mero dictamen sobre la procedencia del instituto y que, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, la oposición fundada de quien es el ejecutor de la acción penal resulta vinculante al juzgador.

Finalmente, considera que la facultad de proseguir o suspender el ejercicio de la acción penal es exclusiva del Ministerio Público Fiscal y no del órgano jurisdiccional, por lo que no puede este último suspender su ejercicio cuando no cuenta con el consentimiento del representante de la acción pública, en base a la separación de funciones dentro del proceso garantizada por las prerrogativas constitucionales contenidas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Por lo expuesto, solicita se case la resolución impugnada y se disponga que la causa prosiga según su estado.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General mantiene el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal subrogante de la Primera Fiscalía Correccional de San Rafael, remitiéndose a los argumentos esbozados oportunamente por el impugnante.

No obstante, agrega que la expresa negativa fiscal, manifestada en dictamen motivado, posee carácter vinculante y obsta a la procedencia del instituto en cuestión. Considera que, en el presente caso, el dictamen fiscal se encuentra debidamente fundado a la luz de los arts. 76 del Código Penal, 30 del C.P.P., conforme la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y también a la Resolución N° 148/12 de esa Procuración, evaluando además la conveniencia y la oportunidad de la aplicación del instituto, para concluir que no correspondía.

Asimismo, entiende que la plataforma fáctica analizada en autos encuentra aplicación en lo dispuesto en el art. 7° de la Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará- ratificada por ley N° 24.632.

Cita jurisprudencia local y federal en respaldo de su posición.

4.- La solución

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Examinadas las actuaciones incorporadas a la presente causa, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal en virtud de las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, cabe señalar -tal como lo he sostenido con anterioridad de manera constante- que este Cuerpo ha considerado que «... se ha fijado posición en cuanto a que el dictamen motivado del Ministerio Público Fiscal, en lo atinente a la concesión de la suspensión del juicio a prueba, resulta vinculante y que no corresponde hacer lugar a tal planteo cuando aquél dictamina en sentido negativo. Resultando por lo tanto su consentimiento un presupuesto de procedibilidad del instituto analizado...» (“**Bustos Baldor**”, registrado en LS. 410-166; así como “**Mezza**”, L.S. 268-040; “**Silva, Hugo**”, L.S. 397-110; “**González Martín**”, L.S. 426-042; “**Fernández Castillo**”, L.A. 288-003; “**Guiñazú Samo**”, L.A. 291-029; entre otros).

Tal como lo he sostenido con anterioridad en “**Moreno Frías**” (CUIJ n° 13-04079446-2/1), es en función de tal criterio que debe examinarse el caso traído a conocimiento de esta Sala.

En este sentido, de la lectura del pronunciamiento cuestionado, el planteo recursivo y el dictamen fiscal considerado inmotivado por el a quo, advierto que el pronunciamiento en crisis carece de asidero en las constancias de la causa.

En efecto, el dictamen agregado a fs. 79/81 aparece a mi entender suficientemente fundado a los efectos legales requeridos, dado que el Fiscal motivó su negativa para la concesión de la suspensión de juicio a prueba en las particulares circunstancias del hecho investigado, su adecuación a los caracteres propios de los casos de violencia contra la mujer -conforme normas nacionales e internacionales que rigen la materia- como también en base a jurisprudencia de la Corte Federal y a las directivas emanadas de la Procuración General, de las que surge que -en supuestos como el presente- resulta pertinente agotar las medidas pertinentes para su esclarecimiento y represión. Tales argumentos constituyen, a mi entender, motivación suficiente para sustentar su posición a los efectos requeridos por la norma procesal.

Por estas razones, entiendo que el magistrado interviniente ha concedido la suspensión de juicio a prueba partiendo de una premisa errónea, esto es, considerar infundado -y, por ello, no vinculante- el dictamen fiscal, toda vez que -como se expresó- resulta suficientemente motivado y por lo tanto plenamente válido. En otras palabras, el a quo ha tenido por cumplidas las exigencias de legalidad del instituto sin atender a la falta de consentimiento fiscal manifestada en dictamen fundado, por lo que -habiéndose pronunciado conforme a derecho la vista conferida al representante del Ministerio Público Fiscal (art. 167 del C.P.P.)-, no correspondía que la suspensión aludida fuese otorgada.

Lo dicho pone de manifiesto la existencia de vicios en la fundamentación de la resolución impugnada, toda vez que los extremos tenidos en cuenta para considerar inválido el dictamen fiscal no se condicen con las constancias de la causa, circunstancias que acarrear la declaración de nulidad del pronunciamiento aludido.

Por tales razones y opinión concordante del señor Procurador General, doy respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta en el acuerdo que lidero.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio. Por su voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. José V. Valerio, por su voto, dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto preopinante, haciendo saber que, conforme al criterio que sustentó y que he señalado en otras oportunidades, la actuación de la ley por parte del representante del Ministerio Público Fiscal es la regla en materia procesal e implica su promoción y ejercicio obligatorio, mientras que la excepción es la procedencia de criterios de oportunidad (ver «**Lemos Guerrero**», CUIJ n° 13-04024478-0/1; «**Estrella**», CUIJ n° 13-03899192-7/1; «**Luna Amaya**», CUIJ n° 13-04159055-0/1; entre otros).

A mi entender, el agente debe fundamentar su dictamen cuando se aparta de esta regla consistente en la persecución penal para otorgar el consentimiento para la aplicación del beneficio petitionado -en este caso, suspensión del juicio-.

ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Por su voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. Omar A. Palermo, por sus fundamentos, dijo:

Si bien coincido con mis colegas de sala respecto a la solución adoptada para el caso, debo aclarar la posición que desde anteriores pronunciamientos he sostenido sobre el carácter del dictamen fiscal en la suspensión del juicio a prueba.

En efecto, en otras ocasiones he tenido oportunidad de expedirme respecto al carácter que ostenta el consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal en el ámbito de la suspensión del juicio a prueba. Allí sostuve que las razones del fiscal -al oponerse o no a prestar su consentimiento para la concesión de la suspensión del juicio a prueba- sólo obligan al Tribunal en la medida en que constituyan un concreto juicio de oportunidad político criminal, pero no resultarán vinculantes si se refieren al cumplimiento de los recaudos legales para la procedencia del instituto, pues este control resulta ser facultad exclusiva de la función jurisdiccional (así, «**Bernales Vargas**», «**Sánchez**», «**Cruzate**», «**Moreno Frías**», entre otros).

Ahora bien, más allá del análisis correspondiente a la consideración sobre la fundamentación del dictamen fiscal, lo cierto es que en el presente caso se encuentra controvertido el encuadre del hecho investigado como un supuesto de violencia de género; por lo que entiendo apropiado que el caso traído a estudio sea dilucidado a través del modo normal de conclusión del proceso penal, esto es, mediante un juicio celebrado con todas las garantías que le asisten tanto al imputado como a la víctima.

Lo expresado me lleva a concluir que debe hacerse lugar al recurso formulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en autos.

ASÍ VOTO.

Sobre la segunda cuestión, el Dr. Mario D. Adaro, dijo:

Atento el resultado a que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el Fiscal subrogante de la Primera Fiscalía Correccional de San Rafael y, en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 82/85 de autos, disponiendo que la presente causa continúe según su estado.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los Dres. José V. Valerio y Omar A. Palermo adhieren al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva

Resuelve:

1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido por el Fiscal subrogante de la Primera Fiscalía Correccional de San Rafael de la Segunda Circunscripción Judicial y, en consecuencia, revocar la resolución obrante a fs. 82/85 de autos disponiendo que la presente causa continúe según su estado.

2.- Remitir los presentes obrados al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

2- MEJIA SALVADOR. 10-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	H	M		PCE	-	-	A	-	-	UP	-	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190910_FcMSJ.pdf

Lex: Art. 239 del CP, art. 4 y 5 de la Ley 26485

Vox: VG. Desobediencia. Prohibición de acercamiento. Violencia de Género. Valoración de la Prueba. Relato de la víctima. Perspectiva de Género.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **dos meses** de cumplimiento efectivo por el delito de desobediencia. Además revocó la condicionalidad de la condena anterior impuesta el 9 de junio de 2.017 y unificó ambas condenas imponiendo una pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. La **defensa** interpone recurso y solicita se anule la sentencia condenatoria dictada en contra del acusado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 485 del CPP, de modo tal que se lo absuelva por el delito por el cual ha sido condenado. Refiere que la jueza descartó lo expresado en el debate y otorgó validez sólo a lo escrito. Cuestiona que no se aplicó el principio de inmediatez, oralidad y especialidad, el in dubio pro reo y debido proceso legal ya que no se tuvo en cuenta lo declarado por E. G., S. M. ni el descargo del imputado.

El **Procurador General** entiende que la jueza fundamentó la sentencia, explicando el motivo por el que otorgó preponderancia a unas pruebas sobre otras por lo que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido, aconsejando la confirmación de la sentencia cuestionada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación promovido por el defensor técnico de J. J. M. S., impuso las costas a la vencida, difirió la regulación de los honorarios profesionales, tuvo presente la reserva federal efectuada y remitió las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 1652, pronunciada 18-12-2018 por el JPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Merlo Masa 17-12-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/181217_FcMLJ.pdf
- Ojeda Pérez 22-08-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=181>
- Galdeano Reyes. 31-07-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180731_FcGRJ.pdf
- Ruíz Gutiérrez. 18-02-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190218_FcRGO.pdf
- Di Cesare Morales 26-06-19 https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190626_FcDCM.pdf
- Concha Jesús. 20-09-18: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/180920_FcCJC.pdf

b-CIDH

- Castro Castro vs. Perú. 25-11-06:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=197&lang=es

- Rosendo Cantu vs. México. 31-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339&lang=es

● Fernández Ortega vs. México. 30-08-10:

https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=338&lang=es

c-CSJN

● LS 473-163

● LS 464-080

● Leiva, María Cecilia. 01-11-11:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=97492>

Doctrina citada.

● UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017

<https://www.unicef.org/argentina/media/1516/file/Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

● Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Parágrafos destacados

“[...] la jueza a quo al advertir las contradicciones existentes entre la versión primigenia, brindada por E. G. y la producida en el debate, entendió que aquella expuesta al momento de formular denuncia era la ajustada a la realidad. Contrariamente a lo que sugiere el defensor la opción escogida por la sentenciante no resulta desacertada ni vulnera el principio de inmediatez ni oralidad”.

“[...] la jueza asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación establecidos en la Ley 26.485”

“[e]l juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto”.

“[...]Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio”.

SCJM. Dres.: **Valerio.** Adaro. Palermo.

(A.H.)

Fallo:

CUIJ: 13-04854768-5/1((018501-65756)) COMPULSA EN AUTOS N° 13-04721436-4/1 FC/ M. S. J. J. P/ DESOBEDIENCIA EN C.R. CON AMENAZAS (65756) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN - 13-04721436-4/1 (018501-65756) *104937456*

En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13- 04854768-5/1, caratulada “F. C/ M. S. J. J. S/CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. MARIO D. ADARO y tercero DR. OMAR A. PALERMO.

A fs. 56/58 vta. de los autos principales, el defensor técnico de Juan José Mejía Salvador promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 1652 obrante a fs. 51/52 de fecha 18 de diciembre de 2.018 y sus fundamentos brindados en forma oral, en tanto condena al nombrado a la pena de dos meses de cumplimiento efectivo por el delito de desobediencia (art. 239 del CP). La referida resolución además revocó la condicionalidad de una condena anterior impuesta el 9 de junio de 2.017 en autos P-36719/17 y unificó ambas condenas imponiendo una pena única de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. El pronunciamiento fue dictado por la Dra. Carolina Colucci jueza del Primer Juzgado Penal Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P-65.756/18. De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso promovido, establece que en fecha 15 de agosto de 2.018, aproximadamente a las trece horas, J. J. M. S. concurrió al domicilio de E. L. G. M. ubicado en ..., Mendoza. Ello en violación de la prohibición de acercamiento dispuesta por el Noveno Juzgado de Familia de Las Heras, en la causa N° 768/17/9F. La prohibición se encontraba vigente en ese momento y había sido notificada a M. S. en fecha 21 de mayo de 2.018, con anterioridad al hecho aquí investigado. Para así decidir la jueza valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por E. G., S. M. , D. F., J. J. M. y la Lic. M., como también las declaraciones prestadas por E. G. en la investigación penal preparatoria y el resto de la prueba debidamente incorporada.

II.- Recurso de casación

El recurrente promueve recurso de casación a tenor de las previsiones del art. 474 inc. 1 del CPP. Solicita se anule la sentencia condenatoria dictada en contra del acusado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 485 del CPP, de modo tal que se lo absuelva por el delito por el cual ha sido condenado.

Refiere que su asistido no tuvo dolo o intención directa de desobedecer orden judicial alguna, concretamente en relación a la orden de prohibición de acercamiento respecto de su esposa, con quien se encuentra casado y convivía desde la misma época en que fue notificado de la prohibición. Señala que pese a que fue sobreseído del delito de amenazas fue «defenestrado» por la perito psicóloga en el debate quien hizo referencia a la personalidad de su defendido y negó la convivencia del imputado con E. G.. Considera que de las pruebas del debate, en especial la declaración de E. G. y S. M. –hija de la denunciante

y del imputado—, surge que al momento del hecho G. y M. S. convivían. Sin embargo, y contra toda lógica, la jueza descartó lo expresado en el debate y otorgó validez solo a lo escrito.

Agrega que, como se señaló en el debate, tanto G. como M. S. creyeron que la circunstancia de la convivencia dejaba sin sentido a la orden, o esta quedaba sin efecto. Señala que existió por parte de G. un principio de inicio de cese de la restricción de acercamiento y considera que en aras del superior interés de la familia es que debe resolverse en el sentido de la inocencia de su defendido.

Refiere por último que ha existido un error sobre los hechos y la prohibición penal, el que resulta «esencial e inculpable». Con posterioridad, a fs. 66/67, señala que su defendido se encontraba en un error de hecho en relación a la subsistencia y vigencia de la disposición que le prohibía acercarse a E. G. y alega un estado de necesidad disculpante. Cuestiona que no se aplicó el principio de inmediatez, oralidad y especialidad, el in dubio pro reo y debido proceso legal ya que no se tuvo en cuenta lo declarado por E. G., S. M. ni el descargo del imputado.

Agrega que tampoco se tomó en consideración la convivencia continua de M. y G. aún posterior a la prohibición de acercamiento. Solicita la aplicación del precedente «Aguilera Daniel». Al dar cumplimiento a lo dispuesto por la acordada 29051 (fs. 73/75) expresa que los agravios consisten en: 1. Que su defendido no cometió el delito de desobediencia. 2. No se violó la prohibición de acercamiento, orden dictada por el Juez Civil. 3. No se consideró que su asistido se encontraba en el error de hecho y iuris y en estado de necesidad disculpante respecto de la orden judicial de prohibición de acercamiento con E. G.. Entiende que M. careció de dolo. 4. Violación del principio de oralidad e inmediatez propios del debate oral. 5. Falta de consideración de la convivencia entre M. y G. en forma continua por más de veinte años, antes y durante la prohibición de acercamiento.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

A fs. 81/82 se encuentra agregado el dictamen del Procurador General. Luego de examinar los agravios formulados por el recurrente, entiende que el recurso procede formalmente, mas en el aspecto sustancial debe ser rechazado. Explica que la jueza fundamentó la sentencia, explicando el motivo por el que otorgó preponderancia a unas pruebas sobre otras.

Agrega que se analizó todo el plexo probatorio partiendo por la valoración de la entrevista efectuada por el EPI de la que surge una relación asimétrica y disfuncional, de control y sometimiento, con base a la cual considera que la situación no es compatible con una denuncia falsa sino con un intento de retractación.

Refiere que se evaluaron el acta de procedimiento y la pericia psicológica y, a raíz de tal ponderación, se concluyó válidamente que las declaraciones falaces fueron las prestadas en el marco del debate y no las brindadas en la audiencia. Por lo expuesto aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia cuestionada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante

Analizado el recurso de casación y la sentencia puesta en crisis adelanto mi opinión en el sentido de que aquel debe ser rechazado puesto que no se verifican en el acto sentencial impugnado los agravios denunciados.

De forma preliminar cabe señalar que en la presente causa, a raíz de la denuncia formulada por E. G. en fecha 15 de agosto de 2.018 a las 13:56 horas en la Oficina Fiscal N° 6, (fs. 1/5) la declaración prestada a

fs. 20, las constancias del acta de procedimiento de fs. 28, las declaraciones de los funcionarios policiales que procedieron a su aprehensión –D. F. y R. Z. a fs. 31 y 32–, como también el informe de valoración de riesgo de violencia física elaborado por el Equipo Profesional Interdisciplinario (EPI), se atribuyó a J. J. M. S. el delito de desobediencia en concurso real con amenazas simples delitos llevados a cabo en contexto de violencia de género (arts. 239, 55, 149 bis primer párrafo primer supuesto del CP y arts. 4 y 5 de la Ley 26485). Al llevarse a cabo audiencia de acusación en fecha 17 de septiembre de 2018 se dictó el sobreseimiento parcial de M. en relación al delito de amenazas simples conforme a lo dispuesto por el art. 353 inc. 2 del CPP. Ahora bien, como anticipé, considero que no corresponde acoger el recurso casatorio puesto que no se verifican en la sentencia los agravios promovidos por el recurrente.

Al respecto considero que, acertadamente, la jueza a quo al advertir las contradicciones existentes entre la versión primigenia, brindada por E. G. y la producida en el debate, entendió que aquella expuesta al momento de formular denuncia era la ajustada a la realidad. Contrariamente a lo que sugiere el defensor la opción escogida por la sentenciante no resulta desacertada ni vulnera el principio de inmediatez ni oralidad.

El ingreso de aquella versión surgió a raíz de las divergencias entre ambas declaraciones y la advertencia al respecto por parte de la representante del Ministerio Público Fiscal (ver registro audiovisual a partir del minuto 11.45 de la audiencia del día 2/11/18). Por ello ésta solicitó que la declarante reconociese su firma y al hacerlo se le dio lectura de aquella. Ahora bien tal incorporación no sólo no fue resistida por la defensa del imputado sino que, convalidando el acto formuló preguntas en torno a la cuestión.

De tal manera no surge vulneración a los principios referidos por el recurrente en tanto tales declaraciones ingresaron y se oralizaron a raíz de las circunstancias apuntadas. Siendo ello así, debe señalarse que la magistrada sentenciante valoró adecuadamente: a) La entrevista en el EPI a cargo de la Lic. M. que detalló una relación asimétrica y disfuncional. Asimismo refirió una historia de control y sometimiento por parte de M. y respecto de la denunciante, como de rencor del imputado hacia S. M.; b) El acta de procedimiento. En ella los efectivos policiales señalaron que S. M. dijo que su padre estuvo dentro de la vivienda con un cuchillo amenazándola y por ello solicitó su aprehensión. No refirió S. M. que la discusión fuese iniciada por su madre –E. G.– ni que las respuestas de su padre fuesen armoniosas ante los cuestionamientos que se le hacían; c) La actitud del imputado que al momento de la aprehensión emprendió una breve fuga; y d) Finalmente el resultado de la pericia psicológica practicada a M.. La valoración de estos elementos llevaron a la sentenciante a concluir que la situación suscitada en el debate no era compatible con una denuncia falsa por parte de G. sino con una «retractación» por parte de aquella para evitar un mayor nivel de conflicto con el imputado.

En este orden ponderó la actitud de S. M. como tendiente a la aprehensión de su padre al momento del hecho, en contraste con sus manifestaciones posteriores, en tanto que la breve fuga protagonizada por el imputado no se compadecía con la conducta de quien podría explicar una discusión armoniosa. Así la jueza entendió que las declaraciones falaces fueron las producidas en el debate y al establecer la plataforma fáctica tuvo por acreditado que, al momento del hecho, J. M. y E. G. se encontraban separados y que esta separación databa del momento de la anterior condena; por ello y, efectivamente, el imputado violó la prohibición de acercamiento dispuesta por el Juzgado de Familia.

Así también consideró probado el temor de E. G. y el historial de violencia de género que se desprende de la valoración de riesgo llevada a cabo en ocasión de esta denuncia, como también la realizada cuando el imputado fue denunciado –y condenado– por un hecho anterior del que resultaron víctimas E. G. y S. M., y que fue el que derivó en la prohibición de acercamiento cuya desobediencia se le atribuye. Entiendo

que al momento de dictar el acto sentencial la jueza asumió una perspectiva integral en relación a los criterios de interpretación establecidos en la Ley 26.485 (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales).

Aquella de forma expresa exhorta a los operadores judiciales para que al momento de tener por acreditado un hecho ocurrido en contexto de violencia de género, valoren todas las presunciones que se construyan a través de indicios graves, precisos y concordantes (art. 31) (ver «Calderón Polo»). Ahora bien, en relación a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género entiendo oportuno remitirme a lo que he referido en los precedentes “Merlo Lassa” y “Ojeda Pérez”.

En particular, en esta última ocasión sostuve que «[...] comparto que aquella concepción según la cual la perspectiva o visión de género es una “categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad” (UNICEF, “Comunicación, infancia y adolescencia. Guía para periodistas”, Buenos Aires, 2017).

Destaco la idea de igualdad contenido en la definición en tanto se encuentra no sólo consagrada expresamente en el texto constitucional (art. 16 CN y 7 Constitución de Mendoza), sino, también, en el ámbito de la normativa internacional.

Así, entre otros, la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” - Belem Do Pará - , garantiza que toda mujer tiene “el derecho a la igualdad de protección ante la ley y de la ley” (art. 4, inc. “f”).

En esta misma oportunidad destacué que «... en nuestro ordenamiento interno, la ley nacional 26.485 es una norma orientada pura y exclusivamente a promover y garantizar el reconocimiento y protección de los derechos de las "mujeres". En tal sentido, entre sus objetivos primordiales, el propio texto promueve y garantiza “la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”, “el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia”, “las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos”, como también, “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres”(art 2, inc. a, b, c y e respectivamente)».

Así, «[...] ese texto normativo vino a imponer un verdadero “deber jurídico” para todos aquellos operadores del sistema de administración de justicia, directamente vinculado con la metodología de abordaje judicial de este conjunto de conductas delictivas. Sus destinatarios directos son aquellos sujetos que integran los órganos decisores en el marco de los procesos judiciales penales, ya sea por el lado de quienes resultan facultados para disponer sobre el curso de investigación, como también, respecto de quienes son los encargados de su juzgamiento». Ese deber jurídico no reconoce otra fuente más allá del texto expreso de la ley.

Y es el propio legislador nacional quien dispone, entre otros aspectos, que «los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativos, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional ... los siguientes derechos y garantías: i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quienes son su naturales testigos ...» (art. 16).

Junto a esta norma aparecen las disposiciones del art. 31 en cuanto establece el principio de «libertad probatoria».

En función de lo señalado agregué que «... el texto legal vigente no introduce un nuevo método de valoración probatoria para los casos de violencia de género, puesto que siempre la prueba debe valorarse conforme al sistema de la sana crítica racional (art. 206 y 409 del CPP). A mi modo de ver, la imposición de un método de valoración de la prueba como herramienta obligatoria para el abordaje de esta problemática, se justifica ante la necesidad de evitar que los órganos jurisdiccionales decisores puedan apartarse en la adopción de decisiones, del contexto fáctico que es propio a este género de conductas delictivas».

De este modo, «... el acierto de la ley consistió en establecer, en forma igualitaria, un método de valoración que evite la discriminación que en ocasiones ocurría por prácticas derivadas de la cultura jurídica patriarcalinquisitiva, que se transformaron en consuetudinarias, y que era necesario erradicar. Repárese que es la propia Convención Belem Do Pará donde se fija, como un deber de los Estados el “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. “e”).

Ello no resulta novedoso para la labor jurisdiccional, puesto que siempre los jueces debemos ponderar los elementos de prueba –objetivos y subjetivos– a la luz de aquellos parámetros interpretativos que hacen al contexto dentro del cual tuvo lugar cada uno de los comportamientos ilícitos sometidos a juzgamiento. Es decir, el juez no puede apreciar la prueba aislándose de los aspectos fácticos y modales que conforman las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Por el contrario, su labor hermenéutica debe estar informada de ellos, y atendiendo siempre no sólo a los bienes jurídicos que resultan protegidos por las normas jurídicas en juego sino, también, a las condiciones de vulnerabilidad de las personas involucradas». Conforme a ello «... es el contexto en el que se inserta el hecho delictivo el que viene a determinar el modo en que debe ser apreciado tal o cual elemento probatorio.

Es por ello que en los casos de violencia contra las mujeres el testimonio de la víctima ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos de una imputación delictiva, esto es, acerca de la existencia material del hecho y la responsabilidad penal derivada del mismo».

Es por todo ello que concluí en aquella oportunidad que uno de los valores significativos que ostenta la normativa nacional en materia de erradicación de la violencia contra la mujer resulta precisamente del establecimiento de aquel deber jurídico como instrumento garantizador de la igualdad de las mujeres entendida como valor supremo.

A lo que debe destacarse su incidencia como herramienta para profundizar el análisis desde el enfoque en derechos respecto de los grupos vulnerables. Estas consideraciones, como adelanté, las entiendo plenamente aplicables al caso por cuanto nos encontramos frente a un supuesto de violencia de género en donde el tribunal de instancia anterior ha tenido en cuenta los parámetros antes referidos al momento de la ponderación de los elementos de prueba obrantes en la causa.

En relación al vicio sustantivo promovido por el recurrente entiendo que el núcleo central de la crítica radica en la versión según la cual J. J. M. S y E. G. habían vuelto a convivir de común acuerdo. Por ello es que el recurrente afirma que su defendido entendió erróneamente que tal consentimiento operaba anulando la vigencia de la prohibición y, por ello, se encontraba autorizado a acercarse al domicilio y a la accionante de la medida restrictiva.

De ello se infiere que el recurrente, para argumentar en relación al vicio sustantivo que invoca, modifica la plataforma fáctica, previo a asignar a los elementos de prueba una diversa valoración. Como se dijo, la valoración de las pruebas se llevó a cabo acertadamente por la a quo, de tal manera que la plataforma fáctica resultó bien establecida y la calificación legal del hecho adecuada a aquel.

Al respecto este Tribunal ha señalado «el recurrente debe ceñir su pretensión impugnativa a los hechos acreditados, toda vez que quien invoca un vicio sustantivo no puede desconocerlos ni modificarlos. Esta exigencia formal deriva de la esencia misma del control que permite este motivo casatorio, ya que con él se procura analizar el vicio "iuris" atribuido a la resolución objetada, el que siempre versa sobre una interpretación propiamente jurídica, sin que se puede evaluar ni alterar el material fáctico alcanzado por esa interpretación, el que queda fijado por el Tribunal inferior» y que «la invocación de un vicio sustantivo supone el respeto inexorable de los hechos fijados en la sentencia, por ende no puede esgrimirse un error en la aplicación de la norma sobre la base de un error en la motivación del fallo.

Quien invoca un vicio in iudicando debe atenerse a los hechos fijados por el a quo, sin discutirlos ni modificarlos» (LS 473-163 y LS 464-080, respectivamente) Por último advierto que más allá de la invocación de ausencia de dolo en la conducta del imputado y la existencia de un error en una causa de justificación, extremos que como se dijo no se derivan de la plataforma fáctica correctamente fijada, el recurrente invoca en cabeza de su asistido un estado de necesidad disculpante mas no desarrolla los motivos por los que entiende plausible su aplicación al caso en análisis, de manera tal que tampoco ese agravio puede ser acogido favorablemente. Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de J. J. M. S debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Adaro. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Adhiero a los fundamentos por los cuales el voto preopinante considera que corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la defensa de J. J. M. S y, por ende, corresponde confirmar la sentencia condenatoria cuestionada por el recurrente.

No obstante ello, y considerando que la defensa solicita la aplicación del art. 2 del CPP al caso bajo estudio, estimo oportuno realizar algunas consideraciones en torno a la valoración de los elementos de prueba en función de la perspectiva de género, principalmente, en lo que respecta a su vinculación con el principio in dubio pro reo.

En este sentido, debo mencionar que en el precedente «Ruíz Gutiérrez» señalé la prudencia con que debe aplicarse el principio in dubio pro reo en los casos en donde la mujer es víctima en razón de su género.

Ello en tanto desde una perspectiva procesal, si bien el principio in dubio pro reo no es una regla de valoración probatoria sino una regla de decisión, no es menos cierto que su correcta aplicación presupone una actividad de valoración de la prueba que incorpore las particularidades propias de los casos de violencia de género, es decir, se deberá ponderar para determinar el valor probatorio que corresponde atribuir a cada elemento de juicio, el bien jurídico protegido y su específico modo de ataque.

Ello, si se pretende derivar –en un segundo momento– conclusiones lógicamente controlables para determinar si ha de absolverse o condenarse.

Destaqué también que el referido principio como regla decisoria en el plano procesal, presenta dos caras que operan de manera articulada, una cara externa, referida al umbral de prueba que ha de alcanzarse cuantitativamente para destruir el estado de inocencia; y otra interna o cualitativa, orientada al valor que

ha de otorgársele a cada uno de los elementos probatorios sobre los que se erige el silogismo condenatorio.

Expresamente referí que «... la categorización de un caso como de violencia de género no implica de manera alguna disminuir el estándar probatorio en tanto umbral de certeza necesario para alcanzar una sentencia condenatoria (aspecto externo), pero sí repercute en el peso y el lugar que se le atribuye a los elementos de prueba e indicios que integran el razonamiento judicial (aspecto interno), en tanto actividad hermenéutica que precede a su operación como regla decisoria».

En este entendimiento cabe señalar que la jurisprudencia, tanto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos como a nivel nacional, ha construido paulatinamente los lineamientos o estándares en la interpretación de la prueba en materia de género, reflejando en su análisis una visión integral de la temática y la especial ponderación del testimonio de la víctima (ver cf. Corte IDH, Caso del penal Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparación y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C N° 160; Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216; Caso Fernández Ortega y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N° 215; y CSJN. in re «Leiva, María Cecilia», entre otros).

En pos de tal objetivo, y a fin de cumplir con los compromisos internacionales asumidos en la materia, entiendo oportuno destacar, tal como exprese en el **precedente «Galdeano Reyes»**, que la cuestión en análisis constituye «... una problemática compleja que afecta un colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que, por distintas circunstancias o factores, se ven privadas del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los problemas derivados de esta especial situación de vulnerabilidad, así, exceden un abordaje meramente jurídico en tanto se trata de una problemática compleja que atraviesa y debe ser atendida, comprendida y abordada desde conocimientos interdisciplinarios.

Por ello, el administrador de justicia al valorar elementos probatorios –particularmente pero no exclusivamente en la esfera penal– debe ponderar los patrones socioculturales y estereotipos sobre los que se construye esta problemática, a fin de tener una verdadera comprensión del fenómeno de violencia de género y, de esta manera, poder lograr desde el Derecho aportar soluciones que contribuyan a atacar el flagelo de la violencia y trabajar en pos de la igualdad de género».

Este compromiso implica que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para investigar seriamente lo sucedido y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Este derecho no sólo pertenece a la víctima y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, cuando se han vulnerado derechos humanos (ver **«Concha, Jesús y ots.»**).

Expresé en el precedente señalado que «en pos de lograr tal objetivo, la Corte IDH ha determinado que las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la vulneración a los derechos y garantías reconocidos en las convenciones. Sostuvo también, que para garantizar su efectividad, las investigaciones deben ser conducidas tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y de la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en este tipo de violaciones, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (cfr. Informe CIDH, Derecho a la verdad en las Américas, 13 de agosto de 2014, párr.78)».

Sentado cuanto precede, advierto que el a quo meritó los distintos elementos de juicio con una mirada integral de la problemática. Ello por cuanto valoró el testimonio de la víctima con la necesaria perspectiva de género que la temática demanda, es decir, considerando las implicancias que el ciclo de violencia tiene en la personalidad de la mujer, circunstancias que justifican adecuadamente las posibles inconsistencias y, aún, la retracción de lo primigeniamente denunciado, tal como aconteció en el caso bajo estudio.

Es por ello que los agravios de la defensa no encuentran asidero en el plexo probatorio ponderado por el a quo, desde que el impugnante en la construcción de los agravios, omitió toda consideración de los indicios que dan cuenta del contexto de violencia de género en que se encontraba inmersa la víctima. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Ampliatorio.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO: Puesto a resolver el recurso promovido coincido con la solución a la que llega mi distinguido colega preopinante y, en cuanto a las consideraciones vinculadas a la valoración probatoria en materia de violencia de género, me remito a lo oportunamente señalado en «**Di Cesare Morales**» por resultar aplicable en ese aspecto el presente caso. ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. MARIO D. ADARO Y OMAR A. PALERMO, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excm. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido a fs. 56/58 vta. de los autos principales por el defensor técnico de J. J. M. S. .
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro

3- REALE COMBA. 17-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
VG	-	-		PCC	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-1° -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191217_FcRCR.pdf

Lex: Art. 183, 239 y 55 del CP.

Vox: VG. Desobediencia. Hurto Simple. Daño. Violencia de Género. Condena de ejecución Condicional. Valoración de la Prueba. Calificación legal. Individualización del monto de la pena. Perspectiva de Género. Relato de la víctima.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **seis meses de prisión** condicional como autor penalmente responsable del delito de daño y desobediencia (dos hechos).

La **defensa** interpone recurso de casación, cuestiona la valoración probatoria, la calificación legal y la individualización del monto de la pena.

El **Procurador General** entiende que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena, por cuanto existen déficits en lo relativo a la determinación de la escala penal a aplicar, así como en lo que refiere a la motivación de la pena aplicada.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia N° 205, pronunciada por el JPC N° 1-4° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Zeballos Verduguez

SCJM. Dres.: **Palermo.** Valerio. Adaro.

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-04723578-7/1((041401-36633)) FC/ R. C. R. J. P/ DESOBEDIENCIA, HURTO SIMPLE Y DAÑO A: B. D. (36633) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104800168*

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04723578-7/1, caratulada "FC/ R. C. R. J. P/ DESOBEDIENCIA, HURTO Y DAÑO A: B. D. (36633) P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. OMAR A. PALERMO; segundo, DR. JOSÉ V. VALERIO y tercero, DR. MARIO D. ADARO.

La defensa de R. J. R. C. interpone recurso de casación (fs. 116/128) contra la sentencia N° 205 (fs. 94 y vta.) y sus fundamentos, mediante la cual el Primer Juzgado Colegiado de la Cuarta Circunscripción condenó al nombrado como autor penalmente responsable del delito de daño y desobediencia (dos hechos) a la pena de seis meses de prisión condicional (arts. 183, 239 y 55 C.P.). De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio consideró acreditado con el grado de certeza exigido para una sentencia condenatoria «que el día uno de mayo de 2018, siendo las 19:00 horas aproximadamente, la Sra. D. B. se encontraba en el negocio del Sr. M., sito en Calle ..., donde aparece el Sr. R. J. R. , quien tiene prohibición de acercamiento debidamente notificada hacia la dicente. Acto seguido, comenzaron a discutir y el Sr. R. le sustrajo la cartera con pertenencias personales, le propinó un golpe de puño en la cabeza y se dirigió hacia el frente del local donde se encontraba estacionada la moto Zanella 150 cc. color roja con negro, sin dominio, propiedad de la Sra. B., tirándola al piso y produciéndole roturas en ambas palancas de freno y embrague, guardabarro delantero, espejo izquierdo y luz de giro izquierda, lo que continúa insultándola y manifestándole "...sos una puta, a ver si alguno de tus machos te viene a defender ahora..." y nuevamente comienza a golpearla con su propia cartera, a lo que unos ciudadanos que se encontraban en el lugar logran calmarlo y se retira del lugar» (autos n° P-36.633/18). Asimismo, la jueza sentenciante consideró acreditado el hecho contenido en la requisitoria fiscal de la causa N° P-36.633-18, del cual surge «que para fecha 16 de agosto de 2018, siendo las 08:20 horas, aproximadamente, la Sra. B. Z. D. S. se presentó en el Jardín ..., ubicado en calle ... por una reunión de padres.

También fue a la reunión el Sr. R. C. R. J.: Cuando terminó la reunión el Sr. R. se le acercó a la Sra. B. y le preguntó que por qué no había asistido a clases su hijo, y ella le manifestó que no había ido porque tenía que ir a ... a sacarle el D.N.I. al hijo que tienen en común de nombre M.. En ese momento sale del lugar en su moto el Sr. R. y se presenta en el domicilio de la Sra. B. Z. D. S. ubicado en el, Mendoza y se llevó a su hijo del lugar: desobedeciendo de esa manera una prohibición de acercamiento radicada en el Juzgado de Paz Letrado de ..., Mendoza; obrante en autos n° 16.911, caratulados "B. D. S. c/ R. R. J. p/ inf. Ley 6672"» (autos n° P-68.708/18). Para decidir en tal sentido, la a quo valoró, entre los principales elementos, las declaraciones testimoniales de M. C. M.G., S. E., D. S. B. C. L. P., J. V. P. y J. M.; así como el

acta de inspección ocular, el croquis ilustrativo, el examen psíquico del imputado, la copia de prohibición de acercamiento y el descargo del imputado.

II.- Recurso de casación La defensa de R. C.

considera que el tribunal de juicio ha incurrido en vicios in procedendo e in iudicando. En concreto, señala los siguientes agravios:

a.- Autos 36.633/18

i.- Nulidad por valoración arbitraria de la prueba incorporada

Después de realizar un breve resumen de los testimonios brindados durante la realización del debate, la defensa objeta, en primer lugar, la valoración que el a quo realizó de los mismos, en tanto las declaraciones de E. y M. serían objetivos, contestes y claros, pero las declaraciones de los testigos ofrecidos por la defensa no lo serían.

El recurrente entiende que la jueza interviniente no explicó por qué razón les otorgó credibilidad a aquéllos y no a estos. Cita jurisprudencia de esta Corte y concluye que la sentenciante se apartó de las reglas impuestas por la sana crítica racional.

En segundo lugar, el impugnante advierte que el daño sufrido por la víctima no se habría acreditado con el grado de certeza necesario para el dictado de una sentencia condenatoria.

En este sentido, expresa que no se encuentra probado que la moto haya sido dañada ni quién era el propietario de la misma. Así, la defensa entiende que por aplicación del principio in dubio pro reo debería procederse a absolver al encartado por el delito de daño.

ii.- Nulidad por errónea calificación legal

La defensa estima que la conducta de R. en relación con el delito de desobediencia sería atípica. Argumenta que la orden judicial de prohibición de acercamiento data del 07 de enero de 2015 y que el hecho imputado ocurrió con fecha 01 de mayo de 2018. Debido al tiempo transcurrido, refiere el recurrente que R. «no sabía» que la misma mantenía vigencia. A su vez, postula que «la misma víctima es quien con su accionar hace creer a su pupilo que aquella orden judicial ha perdido vigencia». Finaliza el impugnante poniendo de relieve que R. no tuvo intención de incumplir la orden.

iii.- Nulidad por defectuosa individualización del monto de la pena

La defensa se agravia en tanto la jueza entiende que la escala penal por los delitos acreditados es de 15 días a 5 años de prisión, cuando en realidad ésta sería de 15 días a 2 años de prisión, por lo que su condena se aproxima a la mitad de la correcta escala penal. Dicho perjuicio consistiría, a entender del recurrente, en que la a quo tuvo en cuenta para imponer la pena una escala penal errónea, con la creencia de estar lejos del máximo penal de 5 años, cuando en realidad lo condenó por 6 meses de prisión y el máximo sería de dos años. Por lo tanto, el incurrir en este error significa que ha tenido en cuenta parámetros deficientes para individualizar el monto de la pena a imponer. En este plano crítico, el recurrente agrega que el tribunal de juicio no habría justificado suficientemente la pena impuesta, pues habría valorado únicamente tres circunstancias en tanto atenuantes (que se trata de un imputado joven, con un empleo estable y padre de un niño) sin considerar el resto de los parámetros establecidos por los arts. 40 y 41 C.P.

b.- Autos N° P-68.708/18

i.- Nulidad por valoración arbitraria de la prueba incorporada

En lo que respecta al delito que se le atribuye en estos autos, la defensa entiende que el a quo omitió valorar los dichos del testigo J. M., quien manifestó en audiencia que el día 16 de agosto de 2018 acompañó a R. al jardín de M. y luego se dirigieron hacia la casa de B.. Ya en este domicilio, según la

defensa, M. –quien no tiene prohibición de acercamiento para con la víctima– se habría encargado de retirar al niño, mientras el imputado aguardaba a la distancia impuesta por la orden judicial. La defensa destaca que el imputado expresó que después de enterarse que su hijo no estaba con su madre, se dirigió con M. a buscarlo por temor a que su integridad física corriera peligro. Así, estos dichos debieron haberse meritado en orden a que R. habría obrado motivado por el deber de cuidado de su hijo menor y no por una simple razón de ejercer violencia contra su ex pareja.

ii.- Nulidad por defectuosa individualización del monto de la pena

Realiza idénticas consideraciones que para con los autos N° P-36.633/18. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General El Procurador General

entiende que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto. En el marco de los autos N° 36.633/18, en relación con el planteo de fundamentación arbitraria por la valoración de los testimonios, refuta la tesis defensiva en lo relativo al valor atribuido a los testigos de cargo por el tribunal de juicio.

Asimismo, rechaza que exista alguna duda sobre la propiedad de la motocicleta o sobre la existencia del daño. No obstante lo anterior, el titular del Ministerio Público Fiscal advierte que le asiste razón a la defensa cuando objeta la actividad de individualización de la pena practicada por el tribunal de juicio. En este orden de cosas, estima que la jueza sentenciante estableció incorrectamente los límites de la escala penal según la cual debe determinarse la pena, en función de la penalidad específica de los delitos imputados y las reglas contenidas en el art. 55 C.P. Por último, considera que la defensa se agravia justificadamente en lo que respecta a la motivación de la pena impuesta, en tanto la jueza sólo habría valorado tres circunstancias del acusado y habría omitido ponderar otros de los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 C.P. Déficit de la sentencia que amerita su anulación parcial.

En el marco de la imputación que corre por los autos N° 68.708/18, específicamente en relación con la omisión de la valoración del testimonio de J. M., el Procurador estima que, si bien esto es así, este no dice lo que pretende la defensa. En tal sentido, pone de relieve que M. no confirmó el descargo del imputado, quien minimiza su incumplimiento y que la hermana de la denunciante manifestó que el día de los hechos R. fue personalmente a retirar a su hijo, sin compañía; tramo del testimonio que si bien no ha sido desarrollado por la jueza, se encuentra incorporado antes de la valoración final respecto de la comisión del ilícito.

En suma, el Procurador General considera que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación únicamente en lo que respecta a la individualización de la pena, por cuanto existen déficits en lo relativo a la determinación de la escala penal a aplicar, así como en lo que refiere a la motivación de la pena aplicada.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Palermo. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación incoado. Doy razones.

a.- Autos 36.633/18

i.- Consideraciones en relación con la alegada nulidad de la sentencia por valoración arbitraria de la prueba incorporada En este nivel, la defensa utiliza una doble estrategia argumentativa para atacar la sentencia de la a quo: por un lado, objeta que les haya creído a los testigos de cargo y no así, a los de descargo; por

otro lado, considera que no se encuentra probado el daño en tanto elemento del tipo objetivo del delito de daños. Ambos agravios deben ser rechazados por ser inidóneos para alcanzar lo que se proponen, esto es, anular la sentencia recurrida. Según entiendo, existen dos claves para resolver el planteo nulificante.

La primera, en lo que respecta a la valoración de los testigos, se encuentra ya en el mismo escrito defensivo: los lineamientos para la valoración de los testigos y sus testimonios establecidos por esta Corte en **“Zeballos Verduguez”**. Sucintamente, el recurrente postula que no hay razones que expliquen por qué la jueza les otorga mayor valor a las declaraciones de los testigos de cargo y no a los de descargo, pues todos estarían vinculados con alguna de las partes y, no hay prueba que sustente aquellas.

Bien, si aplicamos al caso sometido a decisión el doble juicio –externo, sobre el hablante e interno, sobre lo hablado– que propone el precedente citado en el párrafo anterior, encontraremos argumentos contundentes para descartar este tramo del planteo defensivo. Ni es verdadero que las declaraciones de E. y M. no sean consistentes, ni tampoco lo es que no se hallen articulados con otros elementos de cargo. Por un lado, en lo que respecta a la credibilidad de los testigos, si bien ambos expresan que la conocen, la jueza no advirtió motivo alguno para sospechar de su sinceridad.

No se aprecian en la causa elementos que permitan afirmar, o siquiera dudar, de que E. y M. tenían interés en el devenir de la causa.

Asimismo, la percepción de lo presenciado por ambos fue de máxima calidad si se tiene en cuenta, por un lado, el lugar en el que se encontraban y, por otro, el contenido de sus declaraciones que ha sido mantenido durante todo el proceso. Por otro lado, a nivel externo, el sentido de estas declaraciones testimoniales se articula con uno de los elementos de cargo centrales de esta causa: el relato de la víctima. D. B. C. manifestó cómo fue el encuentro con R., cómo procedió al verla, la discusión, el daño a la moto, los empujones.

Todo ello, ha sido corroborado por los testigos puestos en duda por el recurrente. Y en lo dicho anteriormente reside la segunda clave para contestar los agravios de la defensa: analizar el plexo probatorio a la luz de la perspectiva de género. Elemento que la defensa no considera al momento de exponer sus argumentos.

Y esto no es poco importante, ya que la actividad de valoración de la prueba en contextos de violencia contra la mujer no puede permanecer ajena a la perspectiva de género.

Ella permite explicar ciertas particularidades de la dinámica de los hechos, así como el papel central de la declaración de la víctima mujer y los eventuales matices que esta puede presentar durante las diversas etapas del proceso.

De allí, que cobra especial relevancia el relato de la víctima, el que adquiere un valor convictivo de preferente ponderación en la medida que resulte fiable y se encuentre corroborado por pruebas e indicios, siempre que estos tengan una confluencia de conjunto que conduzcan a dotar de razón suficiente la conclusión, sin espacio razonable para la aplicación del principio in dubio pro reo de base constitucional, tal como sucede en el presente caso.

Finalmente, el recurrente cuestiona uno de los elementos centrales del tipo objetivo del art. 183 C.P., el daño. Esgrime, en esta línea, que no se encuentra acreditada la propiedad de la moto ni cuáles serían los menoscabos materiales que habría experimentado el vehículo. No obstante, este orden de cuestiones se encuentra debidamente contestadas en la sentencia del Primer Juzgado Colegiado de la Cuarta Circunscripción Judicial.

Es que, dado el cuadro probatorio, se advierte que no es necesario un informe de dominio en relación con la titularidad registral del rodado y tampoco lo es la determinación de la cuantía del daño. Lo primero,

porque es el mismo imputado quien en sede de debate explica que la moto fue comprada y registrada a nombre de él y la víctima, así como la forma de pago que se pactó con el vendedor (fs. 102).

Este, por sí solo, es un elemento de cargo suficiente para despejar cualquier duda sobre este aspecto del hecho. Sumado a lo anterior, no debe perderse de vista que la cuantía del daño no es un requisito del tipo objetivo de la figura penal contenida en el art. 183 C.P.

En consecuencia, considero que no es un extremo que integre el objeto de prueba en orden a la determinación de la responsabilidad jurídico penal de R., la cual se encuentra debidamente acreditada con base en la declaración de la víctima y su articulación con lo expresado por los testigos M. y E. (fs. 99 vta./100), así como el resto del plexo probatorio debidamente incorporado al proceso.

ii.- La defensa propone que D. B. le hizo creer a R. que la orden de prohibición de acercamiento había perdido vigencia, haciéndolo incurrir en un error sobre la prohibición de su conducta.

De este modo, el recurrente intenta cambiar los roles de los sujetos procesales: R. en tanto autor del delito de desobediencia devendría víctima de la actuación de D. B., ahora autora. Sin embargo, esta visión de los hechos adolece de problemas que impiden asumir su viabilidad como explicación alternativa de los hechos. Brindo tres razones.

Primero, es competencia del obligado por la orden judicial el procurarse la información necesaria para mantener su actuación amparada por el espacio de libertad recortado que se configura a partir de aquella. Que el imputado no sabía que llevaba a cabo una conducta prohibida porque habían transcurrido poco más de dos años desde su dictado no es –aun cuando fuera cierto– un error normativamente relevante, pues aquel fue debidamente notificado de la existencia de la orden y su alcance.

Segundo, y directamente relacionado con esto último, la defensa refiere que el imputado no tenía intención de vulnerar la prohibición.

En relación con esto, no debe perderse de vista que el tipo penal de artículo 239 C.P. no requiere un especial elemento subjetivo en el sujeto obligado al momento de apartarse de lo mandado. Por ello, los motivos que condujeron a R. a desplegar la conducta antinormativa que aquí se le reprocha son irrelevantes en orden a la calificación de su conducta.

Tercero, es inverosímil pensar que el conflicto en relación con la infracción de la orden que vinculaba a R. se explique por la conducta de D. B..

Es que, no solo es competencia del propio obligado el procurarse la información para mantenerse dentro del perímetro permitido por la orden judicial, sino que este no puede ser modificado unilateralmente por su beneficiaria si no lo hace por los canales legales correspondientes: esto es, recurriendo nuevamente al sistema de justicia para que revise la situación existente.

La orden que vincula al imputado fue dictada por una autoridad judicial y debe ser dejada sin efecto por ella.

b.- Autos N° 68.708/18

i.- Acerca de la pretendida nulidad por valoración arbitraria de la prueba incorporada

La defensa postula que la jueza sentenciante no ha valorado el testimonio de J. M.. Este testimonio sería, a su entender, central para sostener el descargo del imputado.

En el marco de los autos del epígrafe, a R. se le atribuye un segundo hecho de desobediencia por haber concurrido el 16 de agosto de 2018 al domicilio de D. B. y violado de esta manera la prohibición de acercamiento librada en su contra.

Frente a la hipótesis de la acusación, que la jueza interviniente considera acreditada, la defensa opone que las cosas fueron de otro modo: no fue R. quien se apersonó en el domicilio de la denunciante, sino J.

M., un amigo; R. se habría mantenido a la distancia impuesta por la orden judicial. Por ello, el testimonio de J. M. se vuelve central para que la sentencia consiga introducir una duda razonable sobre la solidez de la prueba de cargo. Sin embargo, esta declaración ha sido correctamente analizada y descartada por la jueza sentenciante al ser puesta en relación con el resto del plexo probatorio.

En efecto, conforme surge del desarrollo de fs. 105/106, si bien J. M. afirma que ese día acompañó a R. al jardín y después al domicilio donde reside la Sra. B., en ningún momento fue categórico en relación con la parte de interés para determinar si el imputado violó la orden de prohibición de acercamiento.

En suma, la versión de los hechos brindada por el imputado en ocasión de realizar su descargo no se erige como una explicación alternativa de los hechos con la suficiente fuerza como para introducir una duda razonable frente a las pruebas que sostienen la hipótesis acusatoria. Así, en verdad, el descargo de R. queda aislado frente al sentido del resto del plexo probatorio y por ello, aún a la luz del testimonio de J. M., debe ser descartado.

c.- Autos N° 36.633/18 y N° 68.708/18

i.- Sobre el cuestionamiento vinculado con la defectuosa individualización del monto de la pena

Hasta aquí he expresado las razones que creo correctas en orden a la desestimación del recurso de la defensa en relación con la valoración de la prueba y la calificación de los hechos atribuidos a R.. Llegados a este punto, resta analizar si le asiste razón a la defensa en cuanto se agravia en que la escala penal por los delitos imputados no es de 15 días a 5 años de prisión, sino de 15 días a 2 años de prisión.

El impugnante postula que la a quo tuvo en cuenta para imponer una pena una escala penal errónea, con la creencia de estar lejos del máximo penal de 5 años, cuando en realidad lo condenó por 6 meses de prisión y el máximo de la escala penal sería de 2 años (sic). Por lo tanto, este error para el recurrente significaría que se tuvieron en cuenta parámetros deficientes para individualizar el monto de la pena a imponer.

Dicho lo anterior, en primer término, no debe perderse de vista que, si bien es cierto que el segmento temporal que toma la jueza sentenciante de 15 días a 5 años de prisión es errado, no es menos cierto que el segmento temporal que propone la defensa tampoco es el correcto.

Ello en tanto el imputado ha sido condenado por dos hechos típicos de desobediencia y un hecho típico de daño en concurso real, figuras que individualmente tienen una conminación penal de 15 días a un año de prisión, con lo cual, a la luz de lo prescripto por el art. 55 C.P., la escala penal aplicable es de 15 días a 3 años de prisión.

En segundo término, estimo que no le asiste razón a la defensa pues, únicamente con base en la errónea referencia al máximo legal de la escala aplicable, lo que aparece como un error material, no basta para fulminar de nulidad la actividad de la a quo en relación con la determinación de la pena.

Es que los seis meses de prisión impuestos a R. C. fueron correctamente fundamentados en elementos objetivos que surgen de la prueba incorporada a la causa.

En este sentido, advierto que la jueza sentenciante no expresó que correspondía el mínimo de la escala penal aplicable al caso (quince días de prisión), sino que este mínimo hacía «procedente, justo y equitativo» la imposición de una pena de seis meses de prisión, conforme las aristas del hecho atribuido y la culpabilidad del condenado.

En función de lo señalado, también este agravio debe ser rechazado en esta instancia.

d.- Conclusión

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, no pueden prosperar en lo que respecta a la prueba de los hechos imputados, a su calificación legal y en lo relativo a la determinación de la pena impuesta. De este modo, corresponde confirmar la sentencia ahora analizada. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Valerio y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión los DRES. JOSÉ V. VALERIO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de R. J. R. C..
- 2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 3.- Tener presente la reserva federal formulada.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. MARIO D. ADARO Ministro

Capítulo XII.

Delitos contra la administración pública.

Cohecho.

CAPÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Cohecho.

1- MERELLES. 23-09-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-		-		CE	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474
														-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190923_FcMerelles.pdf

Lex: Art. 258 del CP. Arts. 416 inc. 4) y 472 inc. 2 CPP

Vox: Cohecho activo. Valoración de la prueba. Principio de razón suficiente.

Summa:

El **JPC** condenó al señalado a la pena de **un año de prisión** por considerarlo autor penalmente responsable del delito de cohecho activo (arts. 258 del C.P.) investigado en los autos N° P-49.533/18.-

La **defensa** interpone recurso y cuestiona la valoración probatoria y la falta de razón suficiente. Interpone el recurso de casación a tenor del inciso 2° del art. 474 del C.P.P., Ley 6.730, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios *in procedendo*.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: *Sentencia N° 1301, pronunciada por el JPC N° 2-1° CJ.*

Precedentes citados

a-SCJM

- Escudero Benito 21-12-94. L.S. 186-427
- Cirrincione 07-03-78. LS. 153-011
- LS. 354-218
- LS.392-94
- LS: 397-177
- Mora Aguiar 30-08-10. L.S. 416-014.

SCJM. Dres.: **Adaro.** Valerio (Licencia). Palermo.

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-04647722-1/1((018502-49533)) LEGAJO F. C/ MERELLES CRISTIAN MATIAS P/ COHECHO ACTIVO (49533/18) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104731953*

En Mendoza, a los veintitrés días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04647722-1/1, caratulada "F. C/ MERELLES, CRISTIAN MATIAS P/ COHECHO ACTIVO S/ REC. EXT. DE CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, Segundo lugar DR. JOSÉ V. VALERIO y en tercer lugar DR. OMAR A. PALERMO. La defensa técnica de Cristian Matías Merelles interpone recurso de casación contra la Sentencia N° 1.301 (fs. 69 y vta.) y sus fundamentos mediante la cual se resuelve condenar al nombrado a la pena de un año de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de cohecho activo (arts. 258 del C.P.) investigado en los autos N° P49.533/18, pronunciamiento dictado por el Segundo Juzgado Colegiado de la Primera Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- La resolución recurrida

La resolución establece, en lo que aquí respecta, que ha quedado acreditado en el debate que «[E]l día 18 de junio de 2018, siendo las 10:30 hs. aproximadamente, en momentos que personal policial se encontraba realizando un control vehicular mediante puesto fijo en calle Libertador s/n frente a la rotonda del Aborigen de la Ciudad de Mendoza (en el interior del Parque San Martín), el Oficial Ayudante P.P. Lucas Pedernera hizo detener la marcha a Cristian Matías Merelles, quien se conducía al mando de la motocicleta marca Yamaha dominio 803-JBC, y le solicitó la documentación correspondiente. Al no poseer licencia habilitante de conducir, el Oficial Pedernera le hizo saber que le retendría su motocicleta por infracción a la ley de tránsito 9024, ante lo cual Merelles le manifestó: ¿cómo podemos arreglar oficial?, no lo quiero ofender ni nada por el estilo, pero le puedo dar este dinero si me deja ir, a la vez que le exhibía dinero en efectivo entre sus manos. Acto seguido, tras la advertencia del efectivo policial de cesar en su ofrecimiento de dádivas a cambio de que dejara de hacer un acto relativo a su función, el sospechado le expresó: oficial soy el supervisor de Gregoris, donde venden la ropa en la calle Colón y 9 de Julio, déjeme ir que me están esperando y después pase a buscar una ropita por el local, ante lo cual el Oficial P.P. Domínguez procedió a su aprehensión in situ».

Para decidir en tal sentido, el tribunal de sentencia valoró, entre los elementos de juicio más relevantes, la declaración testimonial de los efectivos policiales Pedernera, Domínguez y Cuello, el acta de procedimiento de fs. 1 y demás elementos de juicio debidamente incorporados al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa promueve su impugnación a tenor del inciso 2° del art. 474 del C.P.P., Ley 6.730, es decir, por adolecer el pronunciamiento cuestionado de vicios in procedendo.

En primer orden, se agravia por entender que el sentenciante valoró un elemento probatorio que no fue incorporado legalmente al debate, ello por cuanto no fue ofrecido por las partes en la oportunidad

procesal correspondiente. Precisó al respecto que el informe psicológico realizado al imputado fue solicitado por iniciativa del juez que actuó en la audiencia de detención, a fin de resolver el pedido de detención domiciliaria y, por tal motivo, no formó parte de las pruebas ofrecidas por la defensa.

Entiende que, conforme se desprende del razonamiento del *a quo* y ante la falta de testigos que corroboren de manera directa la tesis acusatoria, el mentado informe tuvo un valor decisivo para la sentenciante al momento de determinar la responsabilidad de Merelles en el hecho por el cual resultó condenado.

En segundo orden, alega la inobservancia del art. 416 inc. 4° del C.P.P., por violar el principio de razón suficiente. En este sentido, sostiene que la *a quo* ha tergiversado la declaración del imputado, en tanto Merelles no declaró –tal como lo sostiene la sentenciante– que «le pasó la billetera a Pedernera». Entiende que aun cuando fuese un error involuntario de interpretación por parte de la sentenciante, ya que su asistido declaró ante otro juez en la audiencia preliminar, lo cierto es que en base a esta interpretación errónea la jueza de grado consideró falaz la declaración de su asistido, por no guardar correspondencia con las constancias de la causa. Considera que existe una contradicción insalvable entre la declaración del Oficial Pedernera y la versión del encartado Merelles, y no hay ninguna prueba objetiva y directa que pueda corroborar lo que afirmó personal policial, debiendo favorecer la duda a su asistido, a tenor de lo establecido en el art. 2 del C.P.P. En tercer orden, alega que existió una inversión de la carga probatoria y, por ende, se vulneró del principio de inocencia. Ello por cuanto la defensa material del encartado incorporó datos y circunstancias que no fueron verificadas ni descartadas durante el desarrollo del debate por la parte acusadora. Estima que en virtud de este principio el encartado no tiene que demostrar su inocencia y que, por lo contrario, son los acusadores los que deben demostrar la responsabilidad del imputado. Por otro lado, cuestiona la valoración parcial del video del domo 7, y afirma que a partir de este elemento no se puede tener por acreditado el hecho.

En tal sentido, manifiesta que la grabación es posterior al momento en el cual Merelles es detenido en el control. Asegura que la cámara va filmando de manera itinerante, sin que se logre ver el momento exacto en el cual el encartado fue detenido en el procedimiento y se le requiere la documentación. Por tal motivo, sostiene que no se puede descartar que lo manifestado por el encartado sea falso. Concluye que lo único que se puede tener por acreditado es que había un control policial y que Merelles fue detenido al igual que otros vehículos. Destaca que los vehículos que circulaban por la zona no se desplazaban a gran velocidad, lo que le habría permitido a los efectivos actuantes que el acta de procedimiento sea firmada por un testigo ajeno a la repartición. Agrega que tal circunstancia desacredita la veracidad de las razones dadas por el Oficial Cuello para justificar la ausencia de testigos de actuación.

Por último, cuestiona el argumento desarrollado por la *a quo* en cuanto sostuvo que le resultaba absurdo suponer que la situación fue elaborada falazmente por personal policial para perjudicar a Merelles. Interpreta que si la jueza expresa que «entiende» es porque no lo tiene por probado con el grado de certeza requerido en esta etapa procesal.

Concluye alegando que la versión del Oficial Pedernera no cuenta con prueba objetiva directa que la avale, ya que los oficiales Cuello y Domínguez no escucharon la conversación que mantuvo el imputado Cristian Merelles con Pedernera, mientras que la versión de los hechos brindada por Merelles no puede tenerse por descartada en virtud del principio de inocencia del que goza.

En virtud de lo expuesto solicita la absolución del imputado Cristian Matías Merelles en orden al delito de cohecho activo (art. 258 del C.P.) o, en su defecto, se anule la sentencia cuestionada y se reenvíe la

presente causa al Juzgado Penal Colegiado que corresponda a fin de realizar un nuevo plenario. Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 87/89 dictamina el Procurador General quien entiende que corresponde admitir formalmente el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Cristian Merelles, con la consiguiente apertura del examen de la cuestión sustancial.

Así, y en relación al primer agravio esgrimido por la defensa en relación al informe psicológico del imputado, sostiene que éste fue incorporado al debate sin oposición ni cuestionamiento de la defensa.

En cuanto a su valoración entiende que, no obstante considerar válida la meritación de tal elemento probatorio, recurriendo al método de la supresión mental hipotética y a la luz del amplio plexo probatorio ponderado por la jueza de grado, el resultado procesal no habría variado. En relación a la supuesta tergiversación de la declaración del imputado, entiende que existe sólo una discrepancia con el razonamiento de la a quo y con el resultado de la completa valoración del plexo probatorio, ello por cuanto de los claros fundamentos de la sentencia surgen los puntos que contradicen las afirmaciones defensivas.

Destaca que no se cuestionó la validez del acta de procedimiento, la que encuentra respaldo probatorio en las coincidentes y detalladas declaraciones testimoniales de los tres funcionarios actuantes.

Con base a lo expuesto, sostiene que corresponde rechazar el recurso de casación impetrado por no existir arbitrariedad en la sentencia puesta en crisis por el recurrente, toda vez que la valoración de las pruebas e indicios se han efectuado bajo las reglas de la sana crítica racional, además de la correcta aplicación de la ley sustantiva.

IV.- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

En adelantando de las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que el recurso casatorio debe ser rechazado.

En efecto, la motivación es suficiente para mantener el dictum como acto jurisdiccional válido, desde que no adolece de falencias que impliquen su anulación, a tenor de la jurisprudencia reiterada de esta Sala que ha establecido que, para que los defectos en la fundamentación conlleven tal extrema solución, deben revestir una entidad tal que equivalga a la ausencia de fundamentos (L.S. 186-427, 153-011, 354-218, 392-94 y 397-177), lo que en la especie no ocurre. Desde otra perspectiva, debemos señalar que el recurso planteado por la defensa técnica resulta ineficaz para privar de eficacia al fundado acto sentencial en trato, toda vez que la prueba que entiende ha sido omitida o mal valorada fue correctamente abarcada por los razonamientos expresados en la resolución, esgrimiéndose el recurso como un desacuerdo de la parte defensiva con la solución a la que arriba el tribunal.

De este modo, las quejas del recurrente constituyen una reedición de lo argumentado a lo largo de todo el proceso, que no logra superar los fundamentos allí expuestos, en tanto sus agravios no se dirigen principalmente a cuestionar el argumento nuclear en base al cual la a quo sostuvo su decisión. Circunstancias éstas que me conducen a desestimar los agravios basados en vicios in procedendo. En efecto, al analizar los fundamentos del fallo puesto en crisis, se advierte que la sentenciante fundó principalmente los extremos de la imputación en las coincidentes declaraciones testimoniales de los tres efectivos actuantes.

Así, la juzgadora valoró lo manifestado por el Oficial Ayudante P.P. Lucas Pedernera, quien sostuvo que Merelles le ofreció ropa del local comercial Gregoris donde trabajaba, como también dinero, acción que se evidenció cuando el imputado le entregó a Pedernera el documento de identidad con un billete adentro. Esta última circunstancia fue objeto de controvertida en audiencia de debate, donde la defensa planteó una discordancia entre lo manifestado por Pedernera en el acta de procedimiento, en cuanto habría manifestado que el imputado le habría exhibido dinero al pasarle la documentación, y lo declarado en debate, quedando clarificada tal circunstancia en los términos indicados por el testigo en audiencia de debate. No obstante esta aclaración, lo cierto es que estas contradicciones, como así también la señalada por la defensa en este punto, en tanto refirió que la a quo reseñó en forma errónea algunos aspectos de lo manifestado por el imputado en oportunidad de ejercer su defensa material, no resultan dirimentes en orden a acreditar los extremos de la imputación, desde que no fue el único ofrecimiento de dádiva realizado por el imputado Merelles. Amén de ello, el censurante no explica de qué manera las mentadas contradicciones desvirtúan los fundamentos en los cuales la sentenciante funda la responsabilidad de Merelles y, por ende, de qué manera impactan en la parte resolutive

Por otro lado, el recurrente cuestiona el valor probatorio otorgado por la sentenciante a lo declarado por los efectivos policiales Domínguez y Cuello, en tanto entiende relevante que no fueron testigos directos de la conversación mantenida entre Merelles y Pedernera, por encontrarse controlando otros vehículos. Entiendo que el agravio esgrimido en este sentido debe ser desestimado, en cuanto la a quo dio suficientes razones para considerar que los dichos de los efectivos dieron sustento a la versión de los hechos brindada por el Oficial Pedernera. Así, la jueza de sentencia no sólo valoró la inmediatez en la que los efectivos tomaron conocimiento de lo acontecido, sino también que reiteraron en los mismos términos lo manifestado por Pedernera.

En tal sentido, Domínguez refirió que según lo que había escuchado en el lugar del hecho Merelles le habría ofrecido ropa al Oficial Pedernera, como así también, indico que el imputado estaba «firmando», circunstancia que –según entendió la a quo– sólo pudo tener conocimiento a través del efectivo policial que lo entrevistó.

Del mismo modo, el Oficial Cuello manifestó que en tal oportunidad Pedernera le dijo que el imputado había intentado «coimearlo» ofreciéndole dinero y ropa de una tienda.

Tampoco resulta atendible el agravio referido a que la versión de los hechos brindada por Pedernera no encuentra sustento probatorio objetivo. En este sentido, la a quo ponderó –acertadamente a mi criterio– que lo manifestado en forma coincidente por los efectivos actuantes, se encontraba corroborado con el acta de procedimiento cuya validez no fue cuestionada por la defensa, como también con el informe del CEO, de donde se desprende la novedad brindada en forma inmediata por Pedernera y en los mismos términos analizados. Conforme con lo expuesto, no se advierte la relevancia en torno a la solución del caso –ni tampoco la defensa lo explica–, de los agravios esgrimidos por el impugnante en donde cuestiona la valoración del examen psicológico de Merelles y el video que –según entiende la defensa– no habría captado el momento del hecho valorado por la juzgadora, ya que se habría filmado en forma intermitente lo acontecido.

Del mismo modo, y en relación al cuestionamiento del censurante relativo a la falta de formalidades en el acta de procedimiento, derivada de la falta de firma de un testigo de actuación –omisión que a juicio del recurrente determinaría ineludiblemente la nulidad–, la a quo fundó el rechazo del planteo nulificante en el carácter relativo de la nulidad pretendida y que, ante la falta de planteamiento oportuno, se encontraba

precluída la facultad de articulación, a la vez que no surgió de modo evidente el perjuicio, ni la concreta invocación de qué garantía constitucional se conculcó en el caso concreto.

En este sentido, este Cuerpo se ha pronunciado en forma reiterada sobre la naturaleza relativa de la nulidad denunciada por la defensa (L.S. 416-014, entre otros), desde que se basa en la falta de firma del testigo ajeno a la repartición policial establecida por el art. 147 in fine C.P.P. del acta de procedimiento, nulidad que sólo debe ser opuesta bajo pena de caducidad, en la oportunidad procesal establecida por el art. 201 inc. 1° de nuestro Código de rito, lo que el quejoso no ha efectuado.

En virtud de las consideraciones expuestas, entiendo que las nulidades impetradas por la defensa deben ser desestimadas, por no acreditarse en el caso bajo estudio vulneración a garantía constitucional alguna. Finalmente, y contrariamente a lo sostenido por el recurrente, comparto las conclusiones de la sentenciante en cuanto entendió que resultaba absurda la versión de los hechos brindada por Merelles en su defensa material, en tanto no se ajusta a las reglas de la sana crítica racional suponer que el hecho ha sido pergeñado falazmente por Pedernera y al solo efecto de perjudicar al imputado Merelles, con quien no tiene ningún vínculo y por el solo hecho que «le cayó mal».

Conforme con lo analizado, entiendo que el dictum puesto en crisis no adolece de las arbitrariedades denunciadas, por cuanto los elementos de juicio analizados no permiten razonablemente la construcción de otra hipótesis distinta a la propuesta por el titular de la acción pública.

Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde contestar en forma negativa la primera cuestión. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en Definitiva, RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Cristian Matías Merelles y, en consecuencia, confirmar la sentencia N° 1.301 dictada por el Segundo Juzgado Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial.
- 2.- Tener presente la reserva del caso federal formulada.
- 3.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro

Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP).

Secretaría, 23 de septiembre de 2019.-

2- SANCHEZ. 19-12-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
														478
-	M	-		-	-	-	CO	-	CR	-	-	-	-	-3°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191219_FcSanchez.pdf

Lex: Art. 153, 157 y 256 del CP. 474 inc. 1 y 2, 475, 476 y 478 inc. 3 del CPP.

Vox: Cohecho. Concurso real. Concurso ideal. Principio non bis in idem. Inconstitucionalidad.

Summa:

La **Excma. Primera Cámara del Crimen** rechazó las excepciones de falta de acción y de jurisdicción, en tanto consideró que los hechos endilgados concurren en forma real, desestimando extender los efectos del sobreseimiento dispuesto a favor de los encartados en la etapa de instrucción por los delitos de defraudación por sustitución de documento, estafa procesal y por abuso de confianza, a los de violación de secretos, utilización de informaciones reservadas y cohecho.

La **defensa** interpuso recurso de casación, cuestionó la constitucionalidad del art. 478 inc. 3 del CPP, la violación al principio *non bis in idem*, y solicitó la declaración extensiva del sobreseimiento al resto de los delitos endilgados a los coimputados.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido.

La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Auto pronunciado por la 1° Cámara del Crimen- 2° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Linares Borobio. 01-04-04 (LS. 335-092)
- A.M.X. ARGENTINA S.A. EN J 34.001
- Marengo Gonzalo. 30-04-09 (LS. 400-240)
- Ríos Vallejos. 22-12-03 (LS. 333-64)

SCJM. Dres.: **Valerio.** Palermo (Licencia). Orbelli.

(A.V.)

Fallo:

CUIJ: 13-04175352-2/1((020501-68041)) FC/SANCHEZ MATIAS, CONDORI MARIO Y BERNARDEU CARLOS P/COHECHO PASIVO (68041) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104241228*

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04175352-2/1 caratulada “F. C/ SÁNCHEZ MATÍAS, CONDORÍ MARIO Y BERNARDEU CARLOS P/ DEFRAUDACIÓN S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. ALEJANDRA ORBELLI.

La defensa de Mario Heber Condorí (fs. 1424/1432 vta.), la defensa de Carlos Ariel Bernardeau (fs. 1433/1440 vta.) y Matías Enrique Sánchez por su derecho (fs. 1441/1447 vta.) interponen recurso de casación contra la resolución que rechaza las excepciones de falta de acción y de jurisdicción interpuestas, pronunciamiento dictado por la entonces Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- Resolución recurrida

La resolución recurrida rechaza las excepciones de falta de acción y de jurisdicción, en tanto considera que los hechos endilgados concurren en forma real, desestimando extender los efectos del sobreseimiento dispuesto a favor de los encartados en la etapa de instrucción por los delitos de defraudación por sustitución de documento, estafa procesal y por abuso de confianza, a los de violación de secretos, utilización de informaciones reservadas y cohecho.

2.- Recursos de casación

La defensa de Condorí señala que el auto que recurre le provoca un perjuicio irreparable.

Plantea la inconstitucionalidad del art. 478 inc. 3 CPP por ser arbitrario, ya que genera una desigualdad frente al Ministerio Público Fiscal, contrariando la igualdad de armas, a tenor de lo previsto por el art. 476 CPP.

Luego de relatar lo sucedido en el expediente, se queja concretamente por el alcance que se le da a un sobreseimiento definitivo, firme y consentido.

También, porque el a quo ha interpretado erróneamente las normas del concurso de delitos y la garantía a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; que el planteo no se reduce a dirimir si en el caso hay un concurso real o ideal de delitos, ya que quien fue sobreseído por el delito de estafa ahora es sometido a proceso porque el Estado reclama el derecho de juzgar otra vez el mismo suceso histórico desde otra tipología penal.

Destaca que se ha dictado sobreseimiento firme con relación a la misma plataforma fáctica que motivó la instrucción de actuaciones en su contra, habilitando el despliegue de un nuevo poder estatal sobre su pupilo por los mismos hechos.

Agrega que se trató de un solo hecho histórico el que fue atribuido a su cliente, por lo que el a quo cayó en el error de absolver calificaciones, razón por la que proseguir la causa por las calificaciones restantes violaría el principio non bis in ídem.

Reitera que se le imputó un solo hecho ilícito (recurso, fs. 1427), según los términos de la imputación: «el hecho que se le imputa, siendo éste»: defraudar, o sea, haber acordado con otro empleado judicial defraudar en 14 hechos constituyendo la apertura de sobres, la imposición de su contenido y la utilización de esa información en provecho de los mismos o de un partícipe.

Resalta que según la consulta vinculante de fs. 1018, el sobreseimiento atrapa a los cohechos, apuntando que la Corte de la Nación ha reconocido la existencia de concurso ideal aún frente a diversos bienes jurídicos.

También se agravia porque los cohechos concurrían en forma ideal con los otros delitos según lo determinó el titular de la acción penal, en consulta vinculante de fs. 1018.

La defensa de Bernardeau se queja por los mismos motivos y en los mismos términos que el letrado anterior.

El imputado Sánchez por su derecho expone que se agravia por los dos motivos del art. 474 CPP, explicando que no obstante que se dictó una falta de mérito y sobreseimiento por vencimiento de prórroga en los delitos de defraudación por sustitución de documento, estafa procesal y por abuso de confianza, con la misma plataforma fáctica se lo elevó a juicio por otros delitos. Pretende que se declare extensivo el sobreseimiento dictado a su favor, a los otros delitos, archivándose las actuaciones. Indica que el Fiscal de Cámara a fs. 1018 entendió procedente que re-indaguen a los encartados, para que no se sorprendan, aclarando que esos delitos concurrían en forma ideal con los ya imputados.

Aduna que se entendió desde un comienzo que las 14 conductas eran un concurso ideal, o una misma masa de acción objeto de reproche penal; que se lo reindagó, repitiendo los hechos con el aditamento de la calificación del cohecho, y que sorprendentemente lo citaron a juicio.

Refiere que se desnaturaliza el instituto non bis in ídem, ya que se lo interpreta de forma restrictiva y distingue donde la ley no lo hace, en contra del principio pro homine, toda vez que lo importante no es el tipo de concurso, sino que recayó un sobreseimiento sobre los hechos sujetos a investigación. Agrega que la Cámara valoró doblemente las conductas investigadas, produciendo una doble imputación con el razonamiento del concurso real y violando la máxima taxatividad interpretativa. Formulan reserva del caso federal y control de convencionalidad.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador dictaminó que se deben rechazar los recursos, porque no hay inobservancia de normas que pudieran causar nulidad, ni errónea aplicación de la ley sustantiva.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que los recursos deben ser rechazados. En primer lugar se aclara, con relación al planteo realizado por la defensas de Condorí y Bernardeu, que este Cuerpo ha declarado expresamente la inconstitucionalidad del art. 478 inc. 3 CPP a partir del expediente N° 78.629 «Linares Borobio», motivo por el que se considera, sin más, removido el obstáculo formal al que aluden los defensores.

En segundo término, es menester consignar -con relación al planteo de los impugnantes- que la causa versó sobre un solo acontecimiento histórico, que el sentenciante resalta que se acusó a los encartados de haber

incurrido 14 veces, en 14 expedientes distintos, en forma independiente y en concurso material, en los delitos de defraudación por sustitución de documento, estafa procesal y por abuso de confianza, violación secretos y uso de informaciones reservadas, tal como consta en las actas de declaración indagatoria (fs. 755, 762, 779), aspecto que he podido constatar a la luz de los recursos incoados. Tal como expone el a quo, el supuesto modus operandi se repitió en 14 oportunidades claramente separadas en el tiempo, en 14 procesos judiciales distintos (fundamentos, fs. 1419 vta). Ello surge también, entre otros actos procesales, del avoque ampliatorio por delitos no incluidos en el requerimiento de instrucción formal (28/10/2015; fs. 1022/1023), incluyendo además de los mencionados precedentemente en concurso real, cohecho en tres hechos independientes en concurso real; de las nuevas actas de indagatoria (fs. 1029/1055 vta), del auto de procesamiento y prisión preventiva (24/2/2016; fs. 1060/1112), del requerimiento de elevación a juicio (10/5/16; fs. 1157/1183), de la resolución de remisión a juicio y rechazo de nulidades (6/6/16; fs. 1204/1247), así como en la que dicta oficiosamente el Juez de Instrucción a fs. 1263/1315.

En consecuencia, la afirmación de los recurrentes en el sentido que desde el principio estaba claro que se trataba de un concurso ideal, no encuentra sustento en lo actuado, constituyendo la crítica una mera discrepancia de los quejosos con el criterio del inferior, sin que haya podido desvirtuar las argumentaciones por él brindadas; discrepancia que según se ha dicho con anterioridad, justifica el rechazo de las recursos articulados (L.S. 407-155, 400-240, 333-64, entre otros). A esto se aduna que los impugnantes fundan la censura en que las actas de declaración indagatoria se refieren en singular al «[...] hecho que se le imputa, [...] siendo éste:[...]» (acta, fs. 1029 vta.), lo que fue replicado por el Juzgado de Instrucción en relación a los coimputados, en la oportunidad prevista por el art. 294 CPP (Ley 1908). De este modo, centran toda la queja en ese término, al que le confieren un significado lingüístico prescindente del contexto fáctico y jurídico al que se refiere; contexto que acto seguido se menciona someramente, al solo efecto de dejar traslucir la gravedad de los acontecimientos denunciados en el ámbito de la Segunda Circunscripción Judicial. Así, del auto de elevación a juicio surge que entre los años 2009/2012, aprovechando la falta de control y cumplimiento de las disposiciones de resguardo y las fallas en la seguridad del sistema impreso a la tramitación de subastas bajo sobre cerrado, en el 4° Juzgado Civil de la Segunda Circunscripción Judicial, Condorí y Bernardeau, en su carácter de funcionarios públicos al desempeñarse como auxiliares, en connivencia con el abogado de la matrícula Matías Enrique Sánchez, al ordenarse subasta en sobre cerrado en 14 expedientes de ese juzgado, con algún mueble o inmueble de interés de los nombrados, el Dr. Sánchez por sí o por interpósitas personas, se presentaba simulando efectuar una oferta. Cerrado el período de recepción, aprovechaban el libre acceso a los sobres y la posibilidad de abrirlos y cambiarlos sin que la maniobra fuera advertida, dado que no había recaudos que garantizaran su inviolabilidad. De la pieza procesal mencionada, se desprende asimismo que Condorí y Bernardeau abrían aquellos sobres y conociendo el monto de todas las ofertas se sustituía la de Sánchez por una mínimamente superior, que le permitiera tenerlo por ganador; imprimían nuevos sobres; colocaban en ellos los escritos con las ofertas y los dejaban nuevamente donde antes estaban. O, en su caso, cuando no podían sustituir la oferta, conociendo las sumas, informaban a Sánchez para que éste por sí o por interpósita persona presentara antes del cierre del plazo una oferta mayor. Así los bienes podían ser adjudicados a Sánchez o a la persona que había actuado en su lugar. También se les atribuye a los empleados judiciales en tres hechos independientes en concurso real, haber aceptado dádivas o promesas de ello, directa o indirectamente por parte del abogado prementado, para hacer algo relativo a sus funciones, surgiendo que habrían recibido dádivas en las causas que se individualizan en el expediente.

En síntesis, tal como afirma el a quo, no ha habido error en el alcance del sobreseimiento pronunciado, toda vez que el mismo recayó sobre aquellos hechos que constituían –a criterio del Juez de Instrucción– defraudaciones, y no sobre los demás hechos enrostrados. Por ende, no corresponde que tal sobreseimiento incluya al resto de las calificaciones, desestimándose que se haya procedido a absolver calificaciones, o incurrido en una violación del principio non bis in ídem. Resta decir que el dictamen del Fiscal de Cámara de fs. 1018 en el que se basan los impugnantes, en concreto su apreciación sobre que los delitos de cohecho concurren en forma ideal con los imputados a fs. 738 así como la referencia al art. 54 CP que hace, en modo alguno puede obligar al juzgador, máxime en el estadio en que ello aconteció. Además, el mismo Fiscal de Cámara en una oportunidad posterior, precisamente con antelación al dictado del auto censurado mediante los recursos de casación en trato, se expidió sosteniendo la existencia de un concurso real, en sentido adverso al perseguido por los imputados (dictamen, fs. 1408/1412), requiriendo que prosiga la causa según su estado. Finalmente, entiendo oportuno señalar que la trascendencia y entidad de los hechos en juzgamiento requieren del máximo esfuerzo investigativo, a los fines de que se determine la responsabilidad penal o no, de los encausados, en resguardo de la transparencia que la buena administración de justicia impone. Por lo tanto, y opinión concordante del señor Procurador General, corresponde confirmar la resolución censurada, por no adolecer de los vicios esgrimidos ni de arbitrariedad alguna. ASÍ VOTO.

Voto Dra. Orbelli. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, la DRA. ALEJANDRA ORBELLI adhiere, por sus fundamentos, al voto que precede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, la DRA. ALEJANDRA ORBELLI adhiere al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, la DRA. ALEJANDRA ORBELLI adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 1424/1432 vta. por la defensa de Mario Heber Condorí, a fs. 1433/ 1440 vta. por la defensa de Carlos Ariel Bernardeau y a fs. 1441/1447 vta. por el doctor Matías Enrique Sánchez por su derecho.
- 2.- Tener presentes las reservas federales formuladas.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir los presentes obrados al tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DRA. ALEJANDRA ORBELLI Juez de Cámara Se deja constancia de que el Dr. Omar A. Palermo no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 19 de diciembre de 2019.-

Capítulo XIII.

Delitos contra la fe pública.

CAPÍTULO XIII. DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA.

1- GUIÑAZU. 04-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
														474
				PCC										-1°
-	M	-		IA	-	-	A	-	CR	-	-	-	-	-2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191004_FcGuinazu.pdf

Lex: Art. 293 en función con el 298, 248 y 55 del CP.

Vox: Falsedad ideológica. Incumplimiento de los deberes de funcionario público. Valoración de la prueba. Principio de No contradicción.

Summa:

El **TPC 1°** condenó al señalado a la pena de un año de prisión de ejecución condicional con más la inhabilitación absoluta por dos años.

La **defensa** interpone recurso de casación (art. 474 inc. 1° y 2° CPP), considera que el proceso resulta nulo de nulidad absoluta por vulneración del debido proceso y derecho de defensa en juicio; se agravia además por considerar la sentencia de fundamentación arbitraria, cuestiona la calificación y alega una prescripción respecto a la calificación propuesta.

El **Procurador General** entiende que debe ser rechazado en lo sustancial el recurso casatorio promovido. La **SCJM** rechazó el recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 342, pronunciada por el TPC N° 1-1° CJ.

Precedentes citados

a-SCJM

- Mirabile Santillan
- Barroso
- Hemsy
- Orozco
- Ochoa Rosales

Precedentes relacionados.

Valoración de la Prueba. SCJM.

- Agüero. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190423_FcAguero.pdf
- Navarro. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190515_FcNLL.pdf
- Cabral. 18-03-19: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190605_FcCabral.pdf
- Vergara. 12-03-19: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=18>
- Romero Arce. 18-03-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=765>
- Moyano López. 04-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=770>
- Carmona Rodriguez. 06-04-22:

<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=769>

- Escobedo Cruz. 22-04-22: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=806>

SCJM. Dres.: **Adaro.** Palermo. Valerio (Licencia)

(D.F.)

Fallo:

CUIJ: 13-04640871-8/1((018601-71514)) FC/ GUIÑAZU VIDELA CLAUDIO FERNANDO Y OLGUIN ALVAREZ ALDO DAVID P/ FALSEDAD IDEOLOGICA... (71514) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104724682*

En Mendoza, a los cuatro días del mes de octubre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-04640871- 8, caratulada "F. C/ GUIÑAZÚ VIDELA CLAUDIO, OLGUÍN ALVAREZ ALDO S/CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. MARIO D. ADARO, segundo DR. OMAR A. PALERMO y tercero DR. JOSÉ V. VALERIO.

A fs. 357/365, el defensor técnico de Claudio Fernando Guiñazú Videla y Aldo David Olguín Álvarez promueve recurso de casación en contra de la sentencia N° 342 obrante a fs. 330 y vta. de fecha 21 de noviembre de 2.018, y sus fundamentos de fs. 331/346 en tanto condena a los nombrados a la pena de un año de prisión con los beneficios de su ejecución condicional con más la inhabilitación absoluta por dos años como autores culpables y responsables de los delitos de falsedad ideológica en concurso real con incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 293 en función con el 298, 55 y 248 del Código Penal). El pronunciamiento fue dictado por el Dr. Mateo Germán Bermejo, Juez del Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial en autos N° P 71.514/12.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:

I.- La sentencia recurrida

La resolución cuestionada, en lo pertinente para la solución del recurso establece que «[...] el día 02 de mayo de 2.012, siendo las 12.00 horas aproximadamente, los aquí encartados, Guiñazú y Olguín, quienes al momento del hecho se desempeñaban como funcionarios policiales, se encontraban realizando actividades de patrullaje, cuando fueron desplazados por el CEO a calle Avelino Maure N° 245 de Godoy Cruz, Mendoza, toda vez que en el lugar la Sra. Patricia Steffani, había encontrado dos teléfonos tipo Nextel aparentemente con manchas hemáticas. Una vez que se apersonaron en el lugar los encartados, la Sra. Steffani les entregó los teléfonos marca Nextel, encontrándose uno de ellos encendido, por lo que los mencionados los tomaron y se retiraron del lugar. Del procedimiento de mención no labraron inmediatamente actuación alguna siendo realizada la misma, horas más tarde, aproximadamente a las 19 horas a requerimiento del Comisario Ernesto Julio Gómez, quien les exigió que realizaran la labor que les compete, tomando éste último conocimiento por el Funcionario Policial Daniel Gómez Benteo, quien fue anoticiado de lo sucedido por la denunciante en autos, Sra. Steffani. Al realizar los encartados lo requerido por su superior, insertaron en el acta un relato falaz, ya que alegaron no haberse llevado consigo los elementos en cuestión, debido a que según su criterio, éstos eran de juguetes» (fs. 338). Para así decidir el juez valoró las declaraciones prestadas en audiencia de debate por: Patricia Steffani De Carolis, Rodrigo Arnaldo González Hidalgo, Raúl Mario Di Buduo, Ernesto Julio Gómez y Daniel Gómez Benteo, la declaración prestada por Ana María Florentino Silva durante la investigación penal preparatoria (fs. 21 y vta.) y el resto de la prueba debidamente incorporada.

II.- Recurso de casación

A fs. 357/365 interpone recurso casatorio el defensor técnico de Claudio Fernando Guiñazú y Aldo David Olgúin a tenor de las previsiones de los arts. 474 inc. 1 y 2 del CPP. En relación a los vicios in procedendo considera que el proceso resulta nulo de nulidad absoluta desde el inicio por haberse vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. Considera que ello se deriva de la orden de confeccionar el acta de procedimiento siete horas después de producido el hecho y con el conocimiento claro y expreso de la autoridad policial y judicial. Agrega que con posterioridad se les hizo ratificar el acta y se les atribuyó el delito de falsedad ideológica. De tal manera considera que se los hizo producir prueba en su contra y luego se les imputó dicha producción, lo que vulnera el derecho de incoercibilidad del imputado. Por otro lado refiere que la sentencia presenta fundamentación arbitraria que se conecta con una errada valoración de la prueba puesto que se le asigna un contenido que no tiene. Así, la valoración ha versado sobre descripción inexacta del dato conviccional y la conclusión no tiene respaldo en la prueba que reviste el carácter de dirimente.

Sostiene que en el caso se observa una clara y palmaria violación al principio lógico de no contradicción. Así, en primer lugar señala que en relación al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público el a quo citó el art. 16 inc. 8 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de las Fuerzas Policiales de la Provincia. En la norma se establece como función de la policía recoger las cosas perdidas y abandonadas procediendo de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil.

Entiende que el sentenciante por un lado afirma que los funcionarios debieron recoger las cosas y por el otro considera que se encuentran incurso en el delito de apropiación de cosa perdida y les endilga el delito de defraudación atenuada. En segundo lugar, y respecto a los teléfonos «Nextel» la defensa refiere que el a quo por un lado en su valoración acerca del delito de incumplimiento de los deberes señaló que incluye la circunstancia de que estaban frente a teléfonos ajenos hallados por un tercero (a fs. 339) y a fs. 345 expresó que la falsificación ideológica esta en íntima relación con el incumplimiento precedente de los deberes de funcionario público que tuvo lugar para evitar el descubrimiento de la comisión de aquél hecho –Impsa– (ver fs. 364) y, por el otro, contradictoriamente, manifestó que no se consideró acreditado por la fiscalía que los teléfonos Nextel provinieran del robo de la empresa Impsa. Considera también que la sentencia ha incurrido en vicios in iudicando por inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva por cuanto, a su criterio, el tipo penal que subsume la conducta llevada a cabo por parte de sus defendidos configura el de defraudación atenuada (art. 175 inc. 1 del CP) esto es apropiación de cosa perdida sin observar las prescripciones del Código Civil. Agrega que en relación al hecho de defraudación atenuada se ha operado la prescripción de la acción penal por haber transcurrido en exceso el término previsto por los arts. 59 inc. 3 y 62 inc. 5 del CP.

Entiende que el hecho de revestir el carácter de funcionarios públicos los imputados no es suficiente para que en el caso la suspensión de la prescripción opere en su perjuicio. Considera que el fundamento de tal suspensión radica en la posibilidad de que ese cargo sea utilizado para influenciar u obstaculizar la investigación y que la norma se refiere a funcionario con jerarquía o proximidad al ejercicio de la acción. Entiende que también se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva en relación a los arts. 59 inc. 3, art. 62 inc. 2 y art. 67 párrafos segundo y cuarto, apartado d) del CP. Señala que conforme a la tesis del paralelismo surge que la prescripción de la acción penal corre y se extingue para cada delito de manera propia e independiente. Expresa que en la sentencia no se ha desarrollado el pedido de prescripción de la acción respecto a uno de los delitos. Refiere que el delito previsto por el art. 248 del CP prevé una pena máxima de dos años de prisión y que desde el último acto interruptivo transcurrió ese lapso. Agrega que

también se ha aplicado erróneamente la ley sustantiva en relación a la insubsistencia de la acción penal por vencimiento del plazo razonable, esto es la pérdida de la potestad jurisdiccional del Estado por la omisión en tramitar el proceso en su debido tiempo Formula reserva del caso federal.

III. Dictamen del señor Procurador General

A fs. 396/398 se expide el señor Procurador General. Examina los agravios promovidos y entiende que el recurso procede formalmente, sin embargo aconseja su rechazo sustancial. En relación a los vicios de procedimiento descarta la pretendida coerción a los funcionarios policiales para producir prueba en su contra. Refiere que se los instó a cumplir con sus obligaciones funcionales, por lo que el contenido del acta que labraron es de su exclusiva responsabilidad y que por ello no puede ser de recibo el agravio promovido. Respecto a la pretendida arbitrariedad explica que, sobre la primera contradicción señalada, no es cierto que se le haya atribuido el delito de defraudación atenuada sino que las obligaciones que surgen de la calidad de funcionarios de los imputados impide que la apropiación sea posible en las condiciones mencionadas.

Señala que el a quo especificó normas incumplidas por los enrostrados y menciona la figura penal a modo de posible consecuencia del incumplimiento de las obligaciones previstas por el reglamento policial.

En relación a la segunda contradicción denunciada, considera que el defensor ha tomado párrafos inconexos y los ha interpretado erróneamente en tanto que el a quo ha sido coherente con la idea de que el incumplimiento se produce por la violación de la obligación en que se hallaban por haber recibido teléfonos ajenos de manos de un tercero.

Agrega que el juez al expresar una íntima relación entre la falsedad ideológica y el incumplimiento no se refiere a la circunstancia de que los teléfonos provinieran de Impsa sino al no cumplimiento de normas previstas.

El agregado "Impsa" corre por exclusiva cuenta del recurrente. Entiende que tampoco es procedente acoger los vicios sustantivos invocados.

A criterio del Procurador General el hecho no podría resultar el delito de defraudación atenuada puesto que los imputados resultan funcionarios públicos y tal investidura les impone ciertas obligaciones que no son las que tiene un ciudadano común para quien sí regiría la conducta típica por la apropiación de elementos perdidos o abandonados.

De tal manera si los funcionarios públicos reciben en custodia cosas que podrían ser perdidas o extraviadas están obligados a cumplir con las leyes y reglamentos, cual es confeccionar el acta correspondiente y poner a salvo los objetos en caja de seguridad, resultando correcta la imputación por incumplimiento de los deberes de funcionario público.

En relación a la aplicación de la tesis del paralelismo respecto del delito previsto por el art. 248 del CP, señala el titular del Ministerio Público Fiscal que el tribunal de sentencia fundamentó su postura en la suspensión del curso de la prescripción cuando el agente desempeña un cargo público. P

or tal motivo no corresponde hacer diferencias en cuanto a la calidad de las funciones que prestan. Estima que el planteo de insubsistencia tampoco procede por cuanto, a criterio de esa Procuración General, el concepto de plazo razonable del art. 8 inc. 1 de la CADH debe determinarse en relación a una serie de factores que no se verifican en la presente. Por los motivos expuestos aconseja el rechazo del recurso casatorio y la confirmación de la sentencia cuestionada.

IV- La solución del caso

Voto Dr. Adaro. Preopinante.

Analizado el recurso de casación y la sentencia puesta en crisis adelanto mi opinión en el sentido de que aquel debe ser rechazado puesto que no se verifican en el acto sentencial impugnado los agravios denunciados.

En primer término, y en relación a los vicios formales planteados por el recurrente, no concuerdo con las apreciaciones del recurrente respecto a la pretendida nulidad que viciaría la causa desde sus inicios por la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa. De la compulsa del expediente advierto que la nulificación ahora pretendida fue perseguida por el recurrente desde la investigación penal preparatoria. Así a fs. 103/108 interpuso nulidad con fundamento en los mismos motivos señalando que sus defendidos fueron obligados a confeccionar un acta de procedimiento y luego a ratificar lo allí expuesto.

Tal planteo fue resuelto por el Primer Juzgado de Garantías que acogió parcialmente el reclamo, así se dispuso la nulidad absoluta de las actas de declaración testimonial de fs. 5 y 6 en las que los imputados ratificaban lo actuado a fs. 4; sin embargo en relación al acta de fs. 4, se rechazó el incidente.

Señaló en aquella oportunidad el magistrado que el acta fue llevada a cabo cumpliendo un deber que habían omitido hasta ese momento, cual es la obligación de realizar el procedimiento ante un posible hecho delictivo y ese fue el sentido por el que fueron requeridos por su superior.

Al momento de formular oposición al requerimiento de citación juicio (ver fs. 140/147) reiteró sus cuestionamientos relativos al acta de fs. 4 arguyendo la incoercibilidad de sus asistidos, siendo rechazado tal planteo por el juez de garantías (ver fs. 159), intentado nuevamente por el defensor al apelar tal resolución (fs. 171) y denegado por la entonces Cámara de Apelaciones (fs. 181/185). Ahora bien, al momento de formular alegatos (minuto 56.56) el defensor técnico nuevamente solicitó la nulidad de la causa a partir del acta de fs. 4, alegando que los imputados fueron compelidos a llevar a cabo el acta de procedimiento que terminó incriminándolos, sosteniendo que nadie puede ser obligado a producir prueba en su contra. Tal planteo de nulidad fue atendido en la sentencia que aquí se cuestiona, a mi modo de ver adecuadamente, dando respuesta satisfactoria al argumento.

En efecto, a fs. 342 del acto sentencial bajo el título «**Nemo tenetur se ipsum accusare**» el a quo estableció los motivos por los cuales el supuesto planteado no encuadraba en las previsiones que tal principio protege y ampara.

Así, descartó que los imputados hayan sido compelidos por sus superiores u otra autoridad a prestar una declaración que los terminaría incriminando, sino que previo a ser imputados penalmente, cumpliendo el deber que de su función derivaba, y sin instrucción sobre el contenido del acta que debían redactar, confeccionaron un documento que incluyó datos falsos. Valoró el juez que tal evento no resulta amparado por una garantía constitucional que proteja la declaración de imputados en el marco de un proceso penal que los señale como acusados, sin que pueda tal garantía alcanzar la comisión de nuevos hechos delictivos. Como señalé, comparto tales fundamentos y entiendo que el recurrente ha soslayado tal explicación sin tratar de refutarla. En efecto, en el escrito recursivo presentado señaló, una vez más, el planteo nulidicente intentado desde un primer momento sin abordar la respuesta brindada en esta ocasión por el a quo. Tal forma de proponer el agravio, a más de que coincido con el abordaje brindado, sella la suerte adversa del vicio invocado, puesto que a mi criterio no se verifica. Tampoco encuentro que la resolución impugnada presente fundamentación arbitraria en razón de su errada valoración de la prueba, ni que existan contradicciones tales que invaliden el razonamiento llevado a cabo.

Contrariamente entiendo que la labor de valoración de los elementos probatorios se llevó a cabo por el sentenciante respetando los principios que inspiran la sana crítica racional. De tal manera, el a quo ponderó la testimonial de Patricia Steffani De Carolis, que se mantuvo inalterada en su esencia a través del tiempo, corroborada por los dichos de Rodrigo González y de Ana María Florentino en relación al hallazgo de los teléfonos Nextel, que no se trataba de juguetes, que presentaban sangre y que los efectivos policiales que concurrieron en el móvil 1961 se llevaron tales objetos. A su vez, el sentenciante vinculó tales elementos de convicción con las declaraciones de Raúl Di Buduo, Ernesto Julio Gómez y Daniel Gómez (por entonces Subcomisario de Comisaría 7°, jefe de la UEP y Comisario de la Comisaría 7°, respectivamente), el acta de fs. 4 y estableció, en base a ellos, correctamente los hechos llevados a su conocimiento.

En relación a las pretendidas contradicciones de la sentencia, concuerdo con el Procurador General en que no resultan tales. Efectivamente, y como señala el titular del Ministerio Público Fiscal, yerra el recurrente al afirmar que el juez a quo atribuyera a los imputados el delito de defraudación atenuada.

De una adecuada lectura de la sentencia surge que la referencia efectuada por el juez es en relación a los preceptos específicos de su condición de funcionarios policiales, incumplidos por éstos.

Comparto también con el Procurador General, que la segunda contradicción apuntada no es tal y que a fin de construir el agravio el recurrente vinculó párrafos de la sentencia y los organizó de manera tal que fundaran su crítica, sin que en la sentencia se aludiera a que los teléfonos provinieran del delito cometido en IMPSA, sino a la falta de cumplimiento de las medidas que debían tomar. En tanto que la falta de acreditación de la procedencia de los teléfonos, fue meritada por el sentenciante al momento de individualizar la pena señalando que los hechos no revestían particular gravedad por la falta de acreditación de tal extremo. Por los motivos expuestos las críticas formuladas en torno a la fundamentación de la sentencia deben ser rechazadas por no verificarse los agravios expuestos. Tampoco procede el vicio sustantivo alegado que sostiene que la conducta atribuida en el primer tramo del hecho delictivo, esto es la entrega de los teléfonos Nextel por parte de Patricia Steffani De Carolis, encuadra en las previsiones de una defraudación atenuada (art. 175 inc. 1 del CP). En primer lugar no es posible tal subsunción puesto que el hecho asignado conforme la plataforma fáctica establecida no consistió en el hallazgo de objetos perdidos por parte de Guiñazú Videla y Olguín Álvarez, sino que su contacto con los teléfonos obedeció al llamado telefónico efectuado por Patricia Steffani a raíz del hallazgo de aquellos en el cantero de la vivienda en la que residía. Ante la presencia de manchas de sangre en aquellos, es que solicitó la presencia policial para que se activara un procedimiento estandarizado para tales situaciones.

En segundo lugar, tampoco se acreditó, ni así lo expusieron los imputados, ni se les imputó a aquellos que tales objetos fuesen por ellos apropiados; por el contrario, tales extremos de la acusación no fueron mantenidos al momento de los alegatos. De tal manera la conducta atribuida por el juzgador consistió en que después de la recepción de los aparatos telefónicos Nextel, Guiñazú Videla y Olguín Alvarez se retiraron del lugar sin consultar con sus superiores, ni a la Oficina Fiscal, y sin hacer entrega de los aparatos a las autoridades que les competía entregarlos, hechos que acertadamente el sentenciante encuadró en las previsiones del art. 248 del Código Penal (fs. 338 vta.) En efecto, conforme señalaron los efectivos policiales citados en calidad de testigos – Di Buduo, Ernesto Gómez y Daniel Gómez– los aquí imputados, al momento de entregársele los objetos hallados debieron consultar a sus superiores y a la Oficina Fiscal, para poder llevar adelante los trámites administrativos y/o judiciales pertinentes y labrar un acta al respecto. Tampoco le asiste razón al recurrente al afirmar que se operó el curso de la prescripción por el delito de defraudación atenuada reprimido con pena de multa. Por un lado puesto que no fue ese el delito

por el cual se los condenó. Por otro lado, en razón de que, como señaló el sentenciante, las previsiones del art. 67, segundo párrafo, del Código Penal prevén la suspensión del curso de la prescripción en los casos de delitos cometidos en ejercicio de la función pública para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo.

Al respecto advierto que el a quo propicia una interpretación literal de la norma que concuerda en el caso concreto con los lineamientos esbozados por esta Sala en los precedentes «Mirabile Santillan» y «Barroso», entre otros. En razón de esto último expuesto no puede tener acogida favorable la crítica formulada en torno a la inaplicación de la tesis del paralelismo, en atención al concurso real establecido entre los delitos atribuidos puesto que, como se señaló, el curso de la prescripción respecto de ambos ilícitos se suspendió en razón del cargo público que ambos ostentan. Por último y en relación al vicio sustantivo promovido respecto a la alegada insubsistencia de la acción penal por vencimiento del plazo razonable advierto que la solución adoptada por el a quo, quien luego de detallar la fecha de comisión de los hechos y los actos procesales que impulsaron la acción, valoró que no existieron interrupciones del plazo de prescripción, concuerda con lo sostenido por este Tribunal en los diversos pronunciamientos que ha emitido al respecto («Hemsey», «Orozco» y «Ochoa Rosales», entre otros).

Así a mi criterio no ha resultado errónea la aplicación de la ley sustantiva en este punto. Por las razones precedentemente expuestas y opinión concordante del señor Procurador General, entiendo que el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Claudio Fernando Guiñazú Videla y Aldo David Olgúin Álvarez debe ser rechazado. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo. Adhiere.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el DR. OMAR A. PALERMO adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Rechazar el recurso de casación promovido por el defensor técnico de Claudio Fernando Guiñazú Videla y Aldo David Olgúin Álvarez.
- 2.- Tener presente la reserva federal efectuada.
- 3.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.
- 4.- Remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro Se deja constancia de que el Dr. José V. Valerio no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 y 411 inc. 5° del CPP). Secretaría, 04 de octubre de 2019.-

2- BASTIANELLI. 04-10-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
-	M	-		PCC	-	-	A	-	-	-	-3°	-	-	474 -1°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/191212_FcBastianelli.pdf

Lex: Art. 174 inc. 4° del CPP, Art. 67, 4° párrafo inc. a) del CP.

Vox: Estafa agravada. Prescripción. Actos interruptivos.

Summa:

La Excma. **Sexta Cámara del Crimen** condenó al señalado a la pena de **dos años y seis meses** de prisión en suspenso.

La **defensa** interpone recurso de casación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inc. 1° CPP, por considerar que existen vicios in iudicando al considerar que la condena no se encuentra firme en virtud de encontrarse en trámite un recurso extraordinario federal y por tanto ha prescrito la acción penal.

El **Procurador General** entiende que debe ser hacer lugar al recurso de casación.

La **SCJM** hizo lugar al recurso de casación.

Resolución cuestionada: Sentencia n° 3134, pronunciada por la **Sexta Cámara del Crimen (TPC N° 2-1° CJ.)**

Precedentes citados

a-SCJM

- Iracheta Tello. 13-05-03:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/fal.php?fallo=MDMxOTkxNjc=&tabla=c2M=>
- Incidente en autos Baigorria. 12-08-14:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDE2Mjc=&tabla=c2M=>
- Ochoa Campos. 24-08-17:
<https://www2.jus.mendoza.gov.ar/bib/jurisprudencia/sumfal.php?fallo=MTAwMDAwMDIzMTE=&tabla=c2M=>

b-CSJN

- Chacoma. 31-03-09:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6642431&cache=1687987507348>

SCJM. Dres.: **Valerio. Gómez. Garay.**

(D.F.)

Fallo

CUIJ: 13-02846445-7((012174-10257101)) F. C/BASTIANELLI, BRUNO HERNAN P/FALSIFICACION DE INSTRUMENTO PRIVADO Y BASTIANELLI URIZAR, BRUNO R. P/FRAUDE P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *102867549*

En Mendoza, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-02846445-7 caratulada “F. C/ BASTIANELLI, BRUNO HERNÁN Y OT.” P/ FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTO PRIVADO ... S/ CASACIÓN”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, DR. JOSÉ V. VALERIO, segundo DR. JULIO R. GÓMEZ y tercero DR. DALMIRO GARAY CUELI.

La defensa de Bruno Ricardo Bastianelli interpone recurso de casación contra la resolución de fs. 1157 y vta., en tanto rechazó la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción deducida en favor del imputado; pronunciamiento dictado por la entonces Sexta Cámara del Crimen en autos N° 5040.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: en su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:

1.- La sentencia recurrida

El tribunal impugnado resolvió del modo precedentemente señalado, por considerar que «[...] desde la fecha de la Sentencia N° 3.134, dictada el 10 de Marzo de 2011, por la que fuera condenado el imputado BRUNO RICARDO BASTIANELLI URIZAR a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN EN SUSPENSO [...], no ha transcurrido el plazo legal de extinción de la acción penal previsto en el artículo 62 inc. 2° del código Penal, ya que la sentencia Nro. 3.134 fue confirmada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en fecha 02 de Marzo de 2017 (ver fs. 1110/1114), correspondiendo rechazar el planteo efectuado. Que de conformidad al artículo 67 del Código Penal el plazo de prescripción de la acción penal fue interrumpido con el dictado de las sentencias referidas» (resolución, fs. 1157 vta.).

2.- El recurso de casación de la defensa de Bruno Bastianelli

El recurrente promueve su impugnación a tenor de lo dispuesto por el art. 475, inciso 1° del C.P.P. por considerar que existen vicios in iudicando en la resolución que cuestiona. Expresa que en la decisión recurrida se ha aplicado erróneamente la normativa que rige la prescripción de la acción penal. Considera que tanto el fiscal de cámara como el juez interviniente han entendido equivocadamente que una sentencia penal queda firme con el rechazo del recurso extraordinario provincial de casación, cuando ese efecto se produce con el rechazo del recurso extraordinario federal, conforme surge de la ley y la jurisprudencia. Expresa que esta Suprema Corte de Justicia condiciona la firmeza de una sentencia a la interposición del recurso extraordinario federal y que, en el presente caso, esa vía impugnativa sí ha sido planteada y aún no ha sido rechazada, tal como se sostuvo en el fallo «Iracheta Tello». Por ello, entiende que en estas actuaciones el plazo de prescripción de la acción penal sigue corriendo, toda vez que la condena no está firme. Analiza de igual modo el voto de la Dra. Argibay en el caso «Chacoma» de la CSJN y sostiene que, conforme al criterio allí expuesto, la prescripción de la acción penal corre hasta el

nacimiento de la obligación de cumplir la pena, momento en que desaparece la acción penal y comienza a correr el plazo de prescripción de la pena. Con base en tales argumentos, el recurrente considera que su defendido no se encuentra en la obligación de cumplir la pena impuesta por la Sexta Cámara del Crimen porque se ha admitido el recurso extraordinario federal interpuesto contra la decisión de esta Suprema Corte de Justicia y que, por ello, la condena no se encuentra firme y la prescripción de la acción penal ha seguido corriendo. En virtud de ello, solicita se case la resolución recurrida y declare que en el presente caso ha operado la prescripción de la acción penal y formula reserva del caso federal.

3.- Dictamen del Procurador General

El Procurador General considera que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Bruno Bastianelli, toda vez que, por un lado, la firmeza de una sentencia condenatoria se ve condicionada por la eventual interposición del recurso extraordinario federal y que, por otro, en las presentes actuaciones la prescripción de la acción penal se produjo el día 02 de marzo de 2017, es decir, antes de que la sentencia condenatoria adquiriera firmeza por encontrarse, en ese momento, vigente el plazo para interponer el remedio federal aludido.

4.- La solución del caso

Voto Dr. Valerio. Preopinante.

Por diversas razones estimo que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Bruno Bastianelli y, en consecuencia revocar la resolución impugnada. Paso a explicarlo. Tal como surge del escrito recursivo, la queja se dirige a cuestionar la interpretación que el a quo ha efectuado en relación al momento procesal en que una sentencia adquiere firmeza, a fin de determinar si se ha operado la prescripción de la acción penal en el caso concreto.

4.1.- Ahora bien, a efectos de encauzar el análisis pretendido por el recurrente, corresponde recordar la posición que este Tribunal ha asumido de modo constante respecto del tema sometido a consideración y también el criterio que, en lo personal, he adoptado. En ese sentido, este Cuerpo, en sus diferentes integraciones, ha sostenido reiteradamente que la sentencia adquiere firmeza con el rechazo del recurso extraordinario federal por el Superior Tribunal de la causa, conforme se expresó en autos «Iracheta Tello» e «Inc. en autos Baigorria», entre otros. Por mi parte, cabe señalar que comparto la posición asumida por la Dra. Carmen Argibay en el precedente «Chacoma» de la CSJN, al expresar que «[...] una sentencia habrá adquirido firmeza cuando el tribunal de segunda instancia (tribunal superior provincial o Cámara Nacional de Casación Penal, según sea el caso) dicta la resolución por la que se declara que no es admisible el recurso extraordinario deducido por la parte», de acuerdo a los argumentos desarrollados en autos «Ochoa Campos».

4.2.- Sentado ello, corresponde referirse a la causa objeto de análisis. Así, conforme surge de fs. 1110/1114, en fecha 02/03/2018 esta Suprema Corte de Justicia rechazó el recurso de casación deducido en favor de Bruno Bastianelli y, en consecuencia, confirmó la sentencia condenatoria dictada en su contra por la entonces Sexta Cámara del Crimen. Con posterioridad y mientras transcurría el plazo legal para interponer el pertinente recurso extraordinario federal, concretamente, en fecha 15/03/2017 la defensa del imputado planteó la prescripción de la acción penal, ante lo cual este Tribunal dispuso que las presentes actuaciones bajaran al tribunal de origen a fin de que se diera tratamiento a esa petición, por tratarse de una cuestión previa a analizar (fs. 1118/1120 y 1122, respectivamente).

Sin perjuicio de ello, en fecha 17/03/2017, el hoy recurrente también dedujo recurso extraordinario federal contra el rechazo de la casación dispuesto por este Cuerpo (fs. 1123/1133), impugnación respecto

de la cual aún no se ha resuelto su admisión o rechazo. Ello, teniendo en cuenta que a fs. 1135 tan sólo se la tuvo por presentada, se dispuso la remisión de las actuaciones a origen –a fin de que se resolviera el planteo de prescripción– y se suspendieron los términos que estaban corriendo. Llegados estos obrados a la ex Sexta Cámara del Crimen, el magistrado a cargo de la causa emitió la resolución que aquí se impugna, rechazando la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción.

Tal como se advierte de la reseña precedentemente efectuada y del criterio esbozado en el primer apartado, ni la sentencia condenatoria dictada por la entonces Sexta Cámara del Crimen ni la sentencia emitida por esta Suprema Corte de Justicia se encuentran firmes, en tanto este Tribunal aún no se ha expedido en relación a la procedencia del recurso extraordinario federal oportunamente interpuesto – por encontrarse suspendidos los plazos dispuestos a esos fines–.

Es decir que, hasta el momento, no se ha dictado en las presentes actuaciones ningún pronunciamiento del que se derive la firmeza de la sentencia dictada por este Tribunal y, como consecuencia de ello, de la sentencia condenatoria emanada del respectivo tribunal de juicio.

4.3.- Siendo así, corresponde determinar si en estos obrados se ha operado la extinción de la acción penal por prescripción. En ese orden, cabe referir que a Bruno Ricardo Bastianelli se le atribuye la comisión del delito de estafa agravada en la modalidad de fraude del constructor en la ejecución de la obra (art. 174, inc. 4° del Código Penal), constituyendo el último acto procesal con efecto interruptivo la sentencia condenatoria dictada por al es Sexta Cámara del Crimen en fecha 10/03/2011, la que aún no se encuentra firme (fs. 1028 y vta.).

Si bien es cierto que este Tribunal en fecha 02/03/2017 dictó sentencia confirmando la condena impuesta a Bastianelli, lo cierto es que ni la sentencia de este Cuerpo ni la que ella confirma – la dictada por la entonces Sexta Cámara del Crimen– han quedado firmes y, en virtud de ello, la causa aún se encuentra en el ámbito de vigencia de la acción penal y no en el de la ejecución de la pena.

Siendo así, el plazo de la prescripción, que comenzó a correr nuevamente desde el dictado de la sentencia dictada por el tribunal de juicio, continuó haciéndolo sin que exista en la presente causa ningún acto que haya provocado su interrupción o que haya desplazado el análisis al ámbito de prescripción de la pena, puesto que –como se dijo– no existe todavía sentencia con carácter de cosa juzgada que habilite su comienzo de ejecución.

Dicho esto, advierto que la acción penal ejercida en estos obrados se encontraría prescripta, dado que desde el último acto con virtualidad interruptiva del curso de la prescripción – sentencia condenatoria agregada a fs. 1028 y vta.– a la fecha del planteo deducido en favor de Bruno Bastianelli mediante el que se solicitó su declaración ha transcurrido el plazo máximo previsto por la norma de fondo para el ejercicio de la acción.

Esta conclusión surge en virtud de lo dispuesto por el art. 62 inc. 2° del Código Penal, conforme al cual la acción penal prescribe una vez transcurrido el máximo de pena previsto para el delito si se tratara de hechos reprimidos con pena de prisión o reclusión, no pudiendo en ningún caso el término exceder de 12 años ni bajar de dos años. En función de ello, corresponde anular la resolución impugnada y remitir los obrados al tribunal de mérito a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, declare prescripta la acción y dicte el correspondiente sobreseimiento. En virtud de esas consideraciones y, en opinión concordante con el señor Procurador, entiendo que corresponde dar respuesta afirmativa a la primera cuestión propuesta. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Gómez y Dr. Garay. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: De conformidad al resultado de la votación en la cuestión anterior, corresponde anular la resolución obrante a fs. 1157 y vta., debiendo remitirse los obrados al tribunal de origen a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal –art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, declare prescripta la acción y dicte el correspondiente sobreseimiento. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas por su orden y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. JULIO R. GÓMEZ Y DALMIRO GARAY CUELI adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 1162/1166 vta. por la defensa de Bruno Ricardo Bastianelli y, en consecuencia, anular la resolución obrante a a fs. 1157 y vta.
- 2.- Remitir estos obrados al tribunal de origen a los fines de que, previa comprobación de la inexistencia de otra causal interruptiva del curso de la prescripción de la acción penal -art. 67, 4° párrafo inc. a) C.P.–, declare prescripta la acción y dicte el correspondiente sobreseimiento de Bruno Ricardo Bastianelli respecto del delito de estafa agravada en la modalidad de fraude del constructor en la ejecución de la obra (art. 174, inc. 4° del C.P.).
- 3.- Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese. DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro DR. JULIO R. GÓMEZ Ministro DR. DALMIRO F. GARAY CUELI Ministro

Capítulo XIV.

Impedimento de contacto de menores con padres no convivientes.

CAPÍTULO XIV. IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE.

1- BIGOLIN. 02-08-19.

VG	SA	SP	Arma	Art. 5	Art. 34	Art. 42	Art. 45	Art. 50	Art. 55	Art. 58	Art. 59	Art. 76 bis	N	CPP
VG	AM	NNA		-	-	-	A	-	-	-	-	-	-	474 -2°

Web: https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/SC/190802_FcNN.pdf

Lex: Art. 1, 2° párrafo de la ley 24270. Ley 26061. CDN. Constitucionalidad y convencionalidad. Ley 26485. Convención Belén Do Para. CEDAW. Ley 27499 (Ley Micaela) Ley 9196.

Vox: NNA. VG. Impedimento y obstrucción ilegal de contacto de hijos menores con padres no convivientes, agravado por la edad del niño. Elementos subjetivos del tipo.

Summa:

La **Cámara de Apelaciones** confirmó el sobreseimiento de G. C, dictada por el **Sexto Juzgado de Garantías**. La **Querella** interpone recurso de casación y sostiene que la fundamentación del auto impugnado es incompleta, omisiva y nula.

El **Procurador General** entiende que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado. Considera que de las constancias de la causa, especialmente de la cantidad de pericias realizadas al progenitor, a la madre y al niño, surgen elementos que no han sido examinados con la profundidad que merecen por su complejidad y divergencia, oportunidad que sólo puede producirse en la etapa plenaria

La **SCJM** rechazó el recurso de casación interpuesto por la parte querellante. Impuso las costas a la vencida, difirió la regulación de los honorarios profesionales del Dr. R. V. para su oportunidad y remitió las actuaciones al Tribunal de origen.

Resolución cuestionada: Sentencia pronunciada por el 6° Juzgado de Garantías (hoy JPC N° 2-1° CJ) confirmada 01-02-16 por Cámara de Apelaciones 1° CJ (hoy TPC N° 1-1° CJ).

Precedentes relacionados

a-SCJM

Impedimento de contacto.

- Bigolín Gisela. 02-08-19.: <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=168>
- Reyes Cortelezzi. 08-03-21:
- <https://www2.jus.mendoza.gov.ar/listaspenal/fallo.php?idF=634>

Parágrafos destacados

“[e]l tribunal a quo realizó un detallado examen del mérito probatorio existente que lo llevó razonadamente, y sin los vicios que el recurrente atribuye a la motivación de la resolución, a confirmar el sobreseimiento de G. C. B., por no arribarse al grado de probabilidad necesaria para tener por probados los elementos subjetivos del ilícito atribuido”

“[...] no es suficiente, para considerar que una resolución sea nula, que no se hayan valorado determinados elementos de prueba si el recurrente no prueba de qué manera esa omisión lograría una solución distinta a la propuesta por el juzgador. “

SCJM. Valerio. Palermo. Adaro.

(A.H)

Fallo:

CUIJ: 13-03876524-2/1((014701-63356)) FC/ NN P/ IMPEDIMENTO DE CONTACTO DE MENORES CON PADRE NO CONVIVIENTE (63356) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *103922259*

En Mendoza, a los dos días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N°13-03876524-2/1, caratulada "F. C/ B, G C P/ IMPEDIMENTO DE CONTACTO S/ CASACIÓN".

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, DR. JOSE V. VALERIO, segundo DR. OMAR A. PALERMO, y tercero DR. MARIO D. ADARO.

La parte querellante interpone recurso de casación (fs. 508/517) contra la resolución proveniente de la entonces Cámara de Apelaciones que decidió confirmar la sentencia de sobreseimiento de G. C. B. dictada por el Sexto Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial, respecto del delito calificado como impedimento de contacto de hijo menor con padre no conviviente (art. 1, 2° párrafo de la ley 24.270) en los autos P-63.356/13.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

1.- Sentencia recurrida

En fecha 01 de febrero de 2016, la entonces Cámara de Apelaciones consideró que debía confirmar la sentencia de sobreseimiento de G. C. B. dictada por el entonces Sexto Juzgado de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial, respecto del delito de impedimento de contacto de hijo menor con padre no conviviente (art. 1, 2° párrafo de la ley 24.270). Por ello entendió que existía duda acerca si G. C. B. actuó en miras de proteger la integridad de su hijo menor -atento a que no quería ver a su padre por haber vivenciado situaciones de violencia-, lo que según su entender, descartó la antijuridicidad de su conducta. Por consiguiente, llegó a la misma solución propuesta por el juez de garantías, esto es, su sobreseimiento, pero por distintos motivos, atento a que éste último afirmó la inexistencia de dolo.

Argumentó el a quo que la solución que se cuestionaba se compatibilizaba con los lineamientos de la Convención Internacional del Niño, en tanto, existían razones para pensar que la conducta de B. fue proteger a su hijo, es decir, salvaguardar el interés del menor que no quería ver a su padre. De tal manera y conforme a la valoración de los elementos probatorios incorporados hasta esta instancia, sostuvo que no existía el grado de probabilidad necesaria para tener por comprobados los elementos subjetivos requeridos para el tipo de injusto atribuido a la encartada, por lo que confirmó el sobreseimiento de G. C.

2. - Recurso de casación del querellante

El recurso interpuesto se enmarca en las disposiciones el art. 474 inciso 2 del Código Penal. Así el recurrente sostiene que la fundamentación del auto impugnado es incompleta, omisiva y nula, atento a que el tribunal a quo se basó solamente en dos informes del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (el de fs. 340/341 y el de fs. 391 y ss.) para otorgar entidad suficiente a lo declarado por la imputada B., sin analizarlo con el resto del plexo probatorio. Con la finalidad de argumentar su impugnación realiza un

análisis de pruebas decisivas omitidas por la entonces Cámara de Apelaciones, cuya valoración llevarían a una solución distinta de la que se adoptó.

Antes de comenzar el análisis, el recurrente recuerda que el sobreseimiento se apoyó en que la imputada **actuó en salvaguarda del niño** atento a que la comunicación con el padre le resultaba nociva y que el niño no deseaba ver a su padre porque le temía y le hacía mal.

a) En los autos 1187/12 del Quinto Juzgado de Familia (rolan agregados en copia a este expediente) obran pericias e informes psicológicos (fs. 150, 184 y 206), de los cuales surgía que el denunciante S. se encontraba **apto para el ejercicio del rol paterno**, y que la vinculación con su hijo no sólo no era nociva, sino que era necesaria para la salud mental del niño. A raíz de ello, se firmó un acuerdo de visitas que consta a fs. 4, 32, 37, 92, 129, 207 y 239, el cual fue debidamente homologado (ver fs. 93 y 131). Agrega que, en el acta de la Asesora de Menores consta que el menor manifestó el deseo de mantener comunicación con su padre; después fue escuchado a solas por aquella a quien le manifestó querer estar con su papá y abuelos. A partir de allí la imputada G. C. B. impidió que padre e hijo se volvieran a ver (ejemplo, actas notariales de fs. 8, 13, 40, 136, 274 y 306).

b) La imputada B. obtuvo del Quinto Juzgado de Familia, en el año 2012, una prohibición de acercamiento en contra de S., en los autos n°972/12/5F. El recurrente considera que aquella resolución devino infundada atento a los informes de fs. 150, 184 y 206.

Asimismo, considera infundadas todas las denuncias penales que B. le hizo a S., atento a que nunca hubo ninguna imputación. En efecto, al encontrarse amenazada por los emplazamientos judiciales y extrajudiciales de S. para que le permitiera ver a su hijo (ver fs. 28 y 94), B. concurrió al Octavo Juzgado de Familia, quien denunciando hechos falsos, obtuvo en el año 2013 otra prohibición de acercamiento hacía ella y su hijo, en los autos n° 2430/13/8F (eludiendo deliberadamente a los jueces del Quinto Juzgado de Familia que venían interviniendo en las incidencias entre S. y la imputada, y que de ningún modo hubiesen accedido a su cometido).

Al respecto, considera que la circunstancia que los hechos sean falsos, inexistentes y las denuncias infundadas, son un indicio determinante del obrar doloso de la imputada. En los autos 2430/13/8F (fs. 329/376) surgió que B. obtuvo esa prohibición de acercamiento mediante hechos falsos (que S. el 27/8 y el 1/10 del 2013 agredió a B. y a su hijo) y testigos falsos, atento a que lo verdaderamente acontecido en esas fechas se acreditó con pruebas en estos autos, como así también en los autos 135.666 del Segundo Juzgado de Faltas y en los autos P-86.604/13 de la Secretaría Correccional de la Unidad Fiscal de Capital, en donde resultó imputada G. C. B. y su padre. Conforme a lo referido el recurrente señala que si bien el tribunal, previo resolver, requirió los autos mencionados (fs. 490/491) luego no los consideró en la resolución impugnada, al menos para descartarlos como elementos de cargo.

c) En los autos P-67.264/14 tramitados ante la Secretaría Correccional de la Unidad Fiscal de Godoy Cruz, G. C. B. resultó imputada por el delito de lesiones dolosas agravadas por el vínculo, a raíz de la afectación que en la salud de su hijo le estaba provocando con su obrar discrecional, deliberado y arbitrario. A continuación, el recurrente menciona los informes y las pericias psicológicas de S. y de B. que no fueron merituados por el juez a quo.

Por un lado, en relación a G. S. argumenta que del informe realizado en mayo de 2013 por el Licenciado J. A. (fs. 78/79 de los autos 1250/12/5F), y de las pericias realizadas en marzo y en mayo de 2014 por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (en los autos 794/13/5F), y en agosto de 2015 por la Licenciada P. C. (fs. 453/455 de los autos 2430/13), surgió que no existió en S., ni en sus padres y hermanos algo que impidiera libremente poder ejercer su derecho de vincularse con el menor, que no habían indicadores compatibles

con la actitud tendiente a obstaculizar el vínculo materno/filial, como así tampoco a denigrar y/o descalificar la figura materna, que no se observaron rasgos de personalidad psicopatológica ni de afectaciones psíquicas que pudieran invalidar su normal ejercicio del rol paterno de manera activa y, por último, que no presentaba el perfil de una personalidad violenta sino que, por el contrario, su actitud era permeable y dispuesta a lograr acuerdos con su ex pareja. Por otro lado, con respecto a G. C. B. sostiene que de la pericia realizada en agosto de 2013 (fs. 72/73 de los autos 1250/12/5F), y en agosto de 2015 por la Licenciada P. C. (fs. 453/455 de los autos 2430/13), se determinó que aquella posee dificultades psíquicas para permitir, desde el rol materno, que su hijo funcione con autonomía ideó/afectiva, lo que resultó compatible con una vinculación materno filial de tinte simbiótico y con alienación. Por ello se concluyó que se encontraba rígidamente cerrada a toda posibilidad de acuerdo con el progenitor para que viera a su hijo.

Además hace referencia a que la Licenciada P. C. destacó la necesidad de llevar en fomar urgente un proceso de revinculación progenitor/hijo y que el menor tenía una rígida disociación «mamá buena / papá malo», con impregnación en sus ideas y afectos del discurso materno.

d) Finalmente, sostiene que el tribunal a quo tampoco ponderó ni valoró la presentación de fs. 378, ni el acta de fs. 386, en las que G. S. estaba dispuesto a arribar a un arreglo conciliatorio, a fin de que se pudiera acordar de manera pacífica un modo para que padre e hijo se revinculen evitando que la conflictividad judicial afecte al niño. Agrega que G. C. B. no estuvo de acuerdo con lo solicitado por S., alegando que, junto a su hijo, fue víctima de violencia, lo que a su criterio nunca se acreditó, por lo que considera que son indicios de mala justificación que no encuentran sustento en las constancias de la causa ni en ningún otro medio probatorio.

3.- Dictamen del señor Procurador General

El Procurador General considera que corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado.

Considera que de las constancias de la causa, especialmente de la cantidad de pericias realizadas al progenitor, a la madre y al niño, surgen elementos que no han sido examinados con la profundidad que merecen por su complejidad y divergencia, oportunidad que sólo puede producirse en la etapa plenaria con la confrontación de las teorías defensivas y acusadoras. Estima así que debe recovarse el auto de sobreseimiento dictado, ordenándose la citación a juicio de la causa.

4.- Solución del caso

Voto Dr. Valerio . Preopinante.

Puesto a resolver el recurso de casación formulado considero, por los motivos que a continuación se exponen, que no corresponde hacer lugar a la impugnación por lo que, en consecuencia, debe confirmarse la sentencia recurrida.

Luego de analizados los fundamentos del fallo cuestionado, considero que el dictum se encuentra suficientemente motivado, y que los agravios propuestos por el recurrente no logran conmover la conclusión a la que arriba el sentenciante.

De tal manera entiendo que los cuestionamientos defensivos representan argumentos y afirmaciones personales en relación a la valoración del material probatorio, evidenciando una mera discrepancia con la labor intelectual del tribunal en la fundamentación, carentes de sustento en las constancias de la causa. En efecto, estimo que el tribunal a quo realizó un detallado examen del mérito probatorio existente que lo llevó razonadamente, y sin los vicios que el recurrente atribuye a la motivación de la resolución, a

confirmar el sobreseimiento de G. C. B., **por no arribarse al grado de probabilidad necesaria para tener por probados los elementos subjetivos del ilícito atribuido.**

En cuanto a lo argumentado por el recurrente sobre que la entonces Cámara de Apelaciones omitió valorar prueba decisiva, estimo que tal agravio debe ser rechazado. El a quo, en razonamiento que comparto, sostuvo que no es suficiente, para considerar que una resolución sea nula, que no se hayan valorado determinados elementos de prueba si el recurrente no prueba **de qué manera esa omisión lograría una solución distinta** a la propuesta por el juzgador.

En autos, el recurrente no explicó concretamente la decisividad del agravio, ni porque razón su valoración podría haber hecho variar el sentido de la decisión adoptada.

En efecto, surge de los fundamentos atacados que la decisión del a quo se sustentó en un elemento suficiente y válido, esto es la evaluación psicológica del menor I. B. realizada por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (fs. 340/341), de donde surgió que el niño relató de manera espontánea y fluida **situaciones de violencia por parte de su padre hacia su madre** y hacia su persona.

Presentando además indicadores psíquicos compatibles con situación de victimización.

Es de resaltar, que esa situación del menor fue confirmada por las trabajadoras sociales del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario quienes, en relación a la entrevista con I. B., dejaron asentado en su informe (fs. 390/3912) que cuando hablaron de la familia paterna cambió de actitud, mediante llanto y temblores, y comenzó a relatar episodios donde se había sentido víctima de violencia.

Asimismo informaron que el niño expresó que no deseaba ver a su padre o familiares de éste.

Asimismo el a quo argumentó que G. C. B. **actuó en miras de proteger la integridad de su hijo menor**, por lo que **se descartó la antijuridicidad de su conducta.**

Es decir, si la conducta endilgada a la imputada **tuvo en miras evitar un mal mayor**, comparto la decisión del juez a quo, en tanto se encuentra amparada **por una causa de justificación** que excluye la antijuridicidad de su conducta.

Por todo lo expuesto, y oído el Procurador General, corresponde no hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante. ASÍ VOTO.

Voto Dr. Palermo y Dr. Adaro. Adhieren.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO: Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales del Dr. R. V. para su oportunidad. ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, los DRES. OMAR A. PALERMO Y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, se RESUELVE:

1.- No hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte querellante.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales del Dr. R. V. para su oportunidad.

3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese. DR. MARIO D. ADARO Ministro DR. OMAR A. PALERMO Ministro DR. JOSÉ V. VALERIO Ministro.

APÉNDICE NORMATIVO

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. APLICACION DE LA LEY PENAL

ARTÍCULO 1º.- Este Código se aplicará:

- 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
- 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.
- 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

(Artículo sustituido por art. 29 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

ARTÍCULO 3º.- En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

ARTÍCULO 4º.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

TÍTULO II. DE LAS PENAS

ARTÍCULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 6º.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

ARTÍCULO 7º.- Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

ARTÍCULO 8º.- Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas en establecimientos especiales.

ARTÍCULO 9º.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

ARTÍCULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

(Artículo sustituido por art. 4º de la Ley N° 26.472, B.O. 20/1/2009)

ARTÍCULO 11.- El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1º. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;

2º. A la prestación de alimentos según el Código Civil;

3º. A costear los gastos que causare en el establecimiento;

4º. A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

ARTÍCULO 12.- La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria

potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

ARTÍCULO 13.- El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º.- No cometer nuevos delitos;

5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 14 — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:

1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.

2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.

3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.

- 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.
- 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.
- 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.
- 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.
- 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.
- 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.
- 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.
- 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 27.375 B.O.28/07/2017)

ARTÍCULO 15.- La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

En los casos de los incisos 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 13, el Tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera con lo dispuesto en dichos incisos. (Párrafo sustituido por art. 3º de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004)

ARTÍCULO 16.- Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12.

ARTÍCULO 17.- Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

ARTÍCULO 18.- Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

ARTÍCULO 19.- La inhabilitación absoluta importa:

- 1º. La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2º. La privación del derecho electoral;

3º. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º. La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.

ARTÍCULO 20.- La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere.

ARTÍCULO 20 bis.- Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

2º. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

En caso de los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 — párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, la inhabilitación especial será perpetua cuando el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho para la comisión. (Último párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 20 ter.- El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

ARTÍCULO 21.- La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

ARTÍCULO 22.- En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

ARTÍCULO 22 bis.- Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 23.- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libelad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima. (Párrafo sustituido por art. 20 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Párrafo incorporado por art. 6º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obtaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.815 B.O.1/12/2003)

ARTÍCULO 24.- La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 25.- Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero del inciso 1º del artículo 34.

TÍTULO III. CONDENACION CONDICIONAL

ARTÍCULO 26.- En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

ARTÍCULO 27.- La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

ARTÍCULO 27 bis.- Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliera con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 28.- La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

TÍTULO IV. REPARACION DE PERJUICIOS

ARTÍCULO 29.- La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.
2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.
3. El pago de las costas.

(Artículo sustituido por art. 27 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 30.- La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente:

1. La indemnización de los daños y perjuicios.
2. El resarcimiento de los gastos del juicio.
3. El decomiso del producto o el provecho del delito.
4. El pago de la multa.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999.)

ARTÍCULO 31.- La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

ARTÍCULO 32.- El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

ARTÍCULO 33.- En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

- 1º. Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;
- 2º. Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

TÍTULO V. IMPUTABILIDAD

ARTÍCULO 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;

- 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;
- 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;

6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

7º. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

ARTÍCULO 35.- El que hubiere excedido los límites impuestos por la Ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

ARTÍCULO 36.- Derogado.

ARTÍCULO 37.- Derogado.

ARTÍCULO 38.- Derogado.

ARTÍCULO 39.- Derogado.

ARTÍCULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTÍCULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

ARTÍCULO 41 bis — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de **un arma de fuego** la escala penal prevista para el delito de que se trate **se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo**, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.297 B.O. 22/9/2000)

ARTÍCULO 41 ter — Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal;
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal;

h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;

i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

ARTÍCULO 41 quater — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.767 B.O. 1/9/2003)

ARTÍCULO 41 quinquies — Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO VI. TENTATIVA

ARTÍCULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

ARTÍCULO 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

ARTÍCULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

TÍTULO VII. PARTICIPACION CRIMINAL

ARTÍCULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTÍCULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

ARTÍCULO 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTÍCULO 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTÍCULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

TÍTULO VIII. REINCIDENCIA

ARTÍCULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

ARTÍCULO 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos:

1. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales;
2. Después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad;
3. Después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de multa o inhabilitación.

En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.

Los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad:

1. Cuando se extingan las penas perpetuas;
2. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo;
3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, párr. 2º), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta;
4. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.

La violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.

ARTÍCULO 52.- Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

ARTÍCULO 53.- En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

TÍTULO IX. CONCURSO DE DELITOS

ARTÍCULO 54.- Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

ARTÍCULO 55.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 25.928 B.O. 10/9/2004)

ARTÍCULO 56.- Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua. La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre, sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero.

ARTÍCULO 57.- A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5º.

ARTÍCULO 58.- Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

TÍTULO X. EXTINCIÓN DE ACCIONES Y DE PENAS

ARTÍCULO 59.- La acción penal se extinguirá:

- 1) Por la muerte del imputado;
- 2) Por la amnistía;
- 3) Por la prescripción;
- 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada;
- 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;
- 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 60.- La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

ARTÍCULO 61.- La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 62.- La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua;

2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años;

3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

ARTÍCULO 63.- La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse.

(Segundo y tercer párrafos derogados por art. 3º de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 64.- La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 65.- Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años;

2º. La de prisión perpetua, a los veinte años;

3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4º. La de multa, a los dos años.

ARTÍCULO 66.- La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese empezado a cumplirse.

ARTÍCULO 67.- La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso.

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.

El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional.

En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrafos segundo y tercero—, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad.

Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

La prescripción se interrumpe solamente por:

- a) La comisión de otro delito;
- b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado;
- c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente;
- d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y
- e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme.

La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015)

ARTÍCULO 68.- El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTÍCULO 69.- El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

ARTÍCULO 70.- Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

TÍTULO XI. DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

ARTÍCULO 71.- Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1) Las que dependieren de instancia privada;
- 2) Las acciones privadas.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 72.- Son acciones **dependientes de instancia privada** las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá **de oficio**:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere **menor de 18 años de edad** o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de **seguridad o interés público**;

c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido **contra un menor** que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél.

(Artículo sustituido por Ley N° 27.455 B.O. 25/10/2018)

ARTÍCULO 73.- Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157;
- 3) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159;
- 4) **Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**, cuando la víctima fuere el cónyuge.

Asimismo, son acciones privadas las que de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima.

La acción por calumnia e injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 74.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N°24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 75.- (Artículo derogado por art. 5° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

TÍTULO XII. SJP

(Título incorporado por art. 3° de la Ley N°24.316 B.O. 19/5/1994)

De la suspensión del juicio a prueba

ARTÍCULO 76.- La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones de este Título.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)

ARTÍCULO 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconcimimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011)

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 ter.- El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 76 quater.- La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

TÍTULO XIII. SIGNIFICACION DE CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO

(Numeración del capítulo sustituida por art. 2° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

ARTÍCULO 77.- Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas:

Los plazos a que este código se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, la liberación de los condenados a penas privativas de libertad se efectuará al mediodía del día correspondiente.

La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Por el término “militar” se designa a toda persona que revista estado militar en el momento del hecho conforme la ley orgánica para el personal militar.

Los funcionarios públicos civiles que integran la cadena de mando se encuentran asimilados al personal militar con relación a los delitos que cometan en su carácter de tales, cuando produzcan actos o impartan órdenes o instrucciones como integrantes de la cadena de mando si las mismas implican comisión de delito o participación en el mismo.

Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término “capitán” comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término “tripulación” comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros.

El término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo nacional.

El término “establecimiento rural” comprende todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante.

El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

El término “información privilegiada” comprende toda información no disponible para el público cuya divulgación podría tener significativa influencia en el mercado de valores.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 78.- Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

ARTÍCULO 78 bis. — (Artículo derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

LIBRO SEGUNDO. DE LOS DELITOS

TÍTULO I. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. Art. 79 a 108

Capítulo I. Delitos contra la vida

ARTÍCULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

ARTÍCULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. (inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

ARTÍCULO 81. - 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2º (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 82. - Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

ARTÍCULO 83. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

ARTÍCULO 84. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 84 bis. - Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte.

La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida

en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

(Artículo incorporado por art. 2° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 85. - El o la que causare un aborto será reprimido:

1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante.

2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 85 bis. - Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

(Artículo incorporado por art. 15 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 86. - No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.

(Artículo sustituido por art. 16 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021) (El término "...integral..." del texto del inciso 2) fue observado por art. 1º del Decreto N° 14/2021 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 87. - Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

(Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

La tentativa de la persona gestante no es punible.

(Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 27.610 B.O. 15/01/2021)

Capítulo II

Lesiones

ARTÍCULO 89. - Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

ARTÍCULO 90. - Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

ARTÍCULO 91. - Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

ARTÍCULO 92. - Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

ARTÍCULO 93. - Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º letra a) del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 94. - Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia,

por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 o 91 y fueren más de una las víctimas lesionadas, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis (6) meses o multa de tres mil (3.000) pesos e inhabilitación especial por dieciocho (18) meses.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 94 bis. - Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

Capítulo III

Homicidio o lesiones en riña

ARTÍCULO 95. - Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

ARTÍCULO 96. - Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Capítulo IV

Duelo

ARTÍCULO 97. - Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89.

2º Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 98. - Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2º El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3º El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 99. - El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1 Con multa de pesos mil a pesos quince mil si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

2 Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

ARTÍCULO 100. - El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

1º Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones.

2 Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;

3 Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

ARTÍCULO 101. - El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario.

2º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

ARTÍCULO 102. - Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

ARTÍCULO 103. - Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de pesos mil a pesos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Abuso de armas

ARTÍCULO 104. - Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

ARTÍCULO 105. - Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1º, letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.

Capítulo VI

Abandono de personas

ARTÍCULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge..

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

TÍTULO II. DELITOS CONTRA EL HONOR. Art. 109 a 117

ARTÍCULO 109. - La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 110. - El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

- 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
- 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 112. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 113. - El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 114. - Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

ARTÍCULO 115. - Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

ARTÍCULO 116. - Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

ARTÍCULO 117. - El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)

ARTÍCULO 117 bis.

1°. (Inciso derogado por art. 14 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

2°. La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales.

3°. La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4°. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000)

TÍTULO III. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. Art. 119 a 133

(Rúbrica del Título sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: Capítulo I y su rúbrica: Adulterio, derogados por art. 3° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 118.- (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995)

Capítulo II

ARTÍCULO 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.352 B.O. 17/5/2017)

ARTÍCULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 121. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 122. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 123. - (Artículo derogado por art. 4° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 124. - Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.893 B.O. 26/5/2004)

Capítulo III

ARTÍCULO 125. - El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 125 bis — El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 126 — En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 127 bis. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 127 ter. - (Artículo derogado por art. 17 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008)

ARTÍCULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.436 B.O. 23/4/2018)

ARTÍCULO 129 — Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

(Artículo sustituido por art. 10° de la Ley N° 25.087, B.O. 14/5/1999)

(Nota Infoleg: multa actualizada anteriormente por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV

ARTÍCULO 130 — Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin.

(Artículo sustituido por art. 11° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999)

ARTÍCULO 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013)

Capítulo V

ARTÍCULO 132. - En los delitos previstos en los artículos 119: 1°, 2°, 3° párrafos, 120: 1° párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.738 B.O. 7/4/2012)

ARTÍCULO 133. - Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

(Nota Infoleg: Rúbricas de los Capítulos II, III, IV y V derogadas por art. 1° de la Ley N° 25.087 B.O.14/5/1999)

TÍTULO IV. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL. Art. 134 a 140

Capítulo I. Matrimonios ilegales

ARTÍCULO 134. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeran matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta.

ARTÍCULO 135. - Serán reprimidos con prisión de dos a seis años:

1º. El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;

2º. El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

ARTÍCULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 137. - En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo.

Capítulo II. Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad

ARTÍCULO 138.- Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro.**

(Artículo sustituido por art. 5º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139.- Se impondrá prisión de 2 a 6 años:

1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan.
2. Al que, por un acto cualquiera, **hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad** de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 6º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 139 bis - Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo.

(Artículo incorporado por art. 7º de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

TÍTULO V. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Capítulo I

Delitos contra la libertad individual

ARTÍCULO 140. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 141. - Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

ARTÍCULO 142. - Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza;
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;
3. Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;
4. Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública;
5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

ARTÍCULO 142 bis. - Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.

2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.

3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado. (Inciso sustituido por art. 3° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

(Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 26.679 B.O. 09/05/2011)

ARTÍCULO 143. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

- 1º. El funcionario que retuviera a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;
- 2º. El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;
- 3º. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;
- 4º. El jefe de prisión u otro establecimiento penal, o el que lo reemplace, que recibiera algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena o lo colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados al efecto;
- 5º. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;
- 6º. El funcionario competente que teniendo noticias de una detención ilegal omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.

ARTÍCULO 144. - Cuando en los casos del artículo anterior concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, el máximo de la pena privativa de la libertad se elevará a cinco años.

ARTÍCULO 144 bis. - Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal;
2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;
3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 142, la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.

ARTÍCULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

ARTÍCULO 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello.

2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3º. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1º de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4º. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

ARTÍCULO 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

ARTÍCULO 145. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

ARTÍCULO 145 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTÍCULO 146.- Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 147. - En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

ARTÍCULO 148. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

ARTÍCULO 148: bis: Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

(Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.847 B.O. 12/4/2013)

ARTÍCULO 149. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.

ARTÍCULO 149 bis. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.

ARTÍCULO 149 ter. - En el caso del último apartado del artículo anterior, la pena será:

1) De tres a seis años de prisión o reclusión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas;

2) De cinco a diez años de prisión o reclusión en los siguientes casos:

a) Si las amenazas tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos;

b) Si las amenazas tuvieren como propósito el de compeler a una persona a hacer abandono del país, de una provincia o de los lugares de su residencia habitual o de trabajo.

Capítulo II

Violación de domicilio

ARTÍCULO 150. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

ARTÍCULO 151. - Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

ARTÍCULO 152. - Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Capítulo III

Violación de Secretos y de la Privacidad

(Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTÍCULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo IV

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

ARTÍCULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTÍCULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Delitos contra la libertad de reunión

ARTÍCULO 160. - Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Capítulo VI

Delitos contra la libertad de prensa

ARTÍCULO 161. - Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

TÍTULO VI. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Capítulo I

Hurto

ARTÍCULO 162. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.-

ARTÍCULO 163. - Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

(Inciso sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciera uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 163 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo II

Robo

ARTÍCULO 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

ARTÍCULO 165. - Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

ARTÍCULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.882 B.O. 26/4/2004)

ARTÍCULO 167. - Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1º. Si se cometiere el robo en despoblado;

2º. Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3º. Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4º. Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

ARTÍCULO 167 bis — En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

Capítulo 2 bis: Abigeato

(Capítulo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 ter.- Será reprimido con prisión de DOS (2) a SEIS (6) años el que se apoderare ilegítimamente de UNA (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de TRES (3) a OCHO (8) años de prisión si el abigeato fuere de CINCO (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quater.- Se aplicará reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.
- 2.- Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.
- 3.- Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.
- 4.- Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.
- 5.- Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.
- 6.- Participaren en el hecho TRES (3) o más personas.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

ARTÍCULO 167 quinque.- En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído".

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004)

Capítulo III

Extorsión

ARTÍCULO 168. - Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

ARTÍCULO 169. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

ARTÍCULO 170. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003)

ARTÍCULO 171. - Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.

Capítulo IV

Estafas y otras defraudaciones

ARTÍCULO 172. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

ARTÍCULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1. El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio;
2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;
3. El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento;
4. El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero;
5. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;
6. El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos;
7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;
8. El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;
9. El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;
10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos;
11. El que tornare imposible, incierto o litigioso el derecho sobre un bien o el cumplimiento, en las condiciones pactadas, de una obligación referente al mismo, sea mediante cualquier acto jurídico relativo al mismo bien, aunque no importe enajenación, sea removiéndolo, reteniéndolo, ocultándolo o dañándolo, siempre que el derecho o la obligación hubieran sido acordados a otro por un precio o como garantía;

12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudare los derechos de los cocontratantes; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

13. El que encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial; (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

14. El tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiera consignar en el título los pagos recibidos. (Inciso incorporado por art. 82 de la Ley N° 24.441 B.O. 16/1/1995)

15. El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciera por medio de una operación automática. (Inciso incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos. (Inciso incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 174. - Sufrirá prisión de dos a seis años:

1º. El que para procurarse a sí mismo o procurar a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3º. El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;

4º. El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado;

5º. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.-

6º.- El que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios; destruyere, dañare,

hiciera desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital. (Inciso incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

En los casos de los tres incisos precedentes, el culpable, si fuere funcionario o empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua. (Párrafo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.602 B.O.20/6/2002)

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.602 B.O. 20/6/2002 se incorporó el art. 174 bis pero fue vetado por Decreto N° 1059/2002 B.O. 20/6/2002)

ARTÍCULO 175. - Será reprimido con multa de mil pesos a quince mil pesos:

1º. El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil;

2º. El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito;

3º. El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales;

4º. El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.-

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo IV bis

Usura

ARTÍCULO 175 bis. - El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciera dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciera valer un crédito usurario.

La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Quebrados y otros deudores punibles

ARTÍCULO 176. - Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

ARTÍCULO 177. - Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

ARTÍCULO 178. - Cuando se tratase de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual.

ARTÍCULO 179. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.

ARTÍCULO 180. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

Capítulo VI

Usurpación

ARTÍCULO 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes;

2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

(Artículo sustituido por art. 2º Ley N° 24.454 B.O. 7/3/1995)

ARTÍCULO 182. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

Capítulo VII

Daños

ARTÍCULO 183. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños. (Párrafo incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTÍCULO 184. - La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;
2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;
3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;
4. Cometer el delito en despoblado y en banda;
5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;
6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VIII

Disposiciones generales

ARTÍCULO 185. - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

TÍTULO VII. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA. Art. 186 a 208

Capítulo I

Incendios y otros estragos

ARTÍCULO 186. - El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes;

2º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:

a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;

b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;

c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;

d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;

e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;

f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;

3º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;

4º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;

5º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 187. - Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción.

ARTÍCULO 188. - Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, sustrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida.

ARTÍCULO 189. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.189 B.O. 28/10/1999)

ARTÍCULO 189 bis . - (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

(2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de **6 (SEIS) meses** a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

(Nota Infoleg: Por art. 4° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004, se establece que el primer párrafo del punto 2 del artículo 189 bis entrará en vigencia a partir del término del plazo establecido de SEIS MESES, en el cual el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá, las medidas pertinentes para facilitar el registro gratuito y sencillo de las armas de fuego de uso civil o uso civil condicionado. Asimismo, en el mismo término, se arbitrarán en todo el territorio de la Nación, con contralor de la máxima autoridad judicial que en cada jurisdicción se designe, los medios para recepcionar de parte de la población, la entrega voluntaria de toda arma de fuego que su propietario o tenedor decida realizar.)

(3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

(4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

(5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

ARTÍCULO 189 ter .- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 25.886 B.O. 5/5/2004.)

Capítulo II

Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación

(Denominación sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008)

ARTÍCULO 190. - Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común.

ARTÍCULO 191. - El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

1º Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;

2º Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;

3º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;

4º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona.

ARTÍCULO 192. - Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

ARTÍCULO 193. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha.

ARTÍCULO 193 bis. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 27.347 B.O. 6/1/2017).

ARTÍCULO 194. - El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

ARTÍCULO 195. - Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

ARTÍCULO 196. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo.

Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cinco años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.189 28/10/1999)

ARTÍCULO 197. - Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo III

Piratería

ARTÍCULO 198. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años:

1º El que practicare en el mar o en ríos navegables, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

2º El que practicare algún acto de depredación o violencia contra una aeronave en vuelo o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo, o contra personas o cosas que en ellas se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o excediendo los límites de una autorización legítimamente concedida;

3º El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva;

4º El que, en connivencia con piratas, les entregare un buque o aeronave, su carga o lo que perteneciere a su pasaje o tripulación;

5º El que, con amenazas o violencia, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque o aeronave atacado por piratas;

6º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque o aeronave destinados a la piratería;

7º El que, desde el territorio de la República, a sabiendas traficare con piratas o les suministrare auxilio.

ARTÍCULO 199. - Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque o aeronave atacados, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Capítulo IV

Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas

ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201. - Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 201 bis. - Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión.

En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 202. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

ARTÍCULO 203. - Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito.

(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 bis.- Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000).

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 ter.- Será reprimido con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quater.- Será reprimido con multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 204 quinquies: Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años el que sin autorización vendiere sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.524 B.O. 5/11/2009)

ARTÍCULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

ARTÍCULO 206. - Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 207. - En el caso de condenación por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año.

ARTÍCULO 208. - Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1º de este artículo.

TÍTULO VIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN PUBLICO. Art. 209 a

Capítulo I

Instigación a cometer delitos

ARTÍCULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

ARTÍCULO 209 bis - En igual pena incurrirá quien en tiempo de conflicto armado incite públicamente a la sustracción al servicio militar legalmente impuesto o asumido. Si el autor fuese un militar, el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Artículo incorporado por art. 4º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo II

Asociación ilícita

ARTÍCULO 210. - Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARTÍCULO 210 bis. - Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;

- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Capítulo III

Intimidación pública

ARTÍCULO 211. - Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años.

ARTÍCULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.

Capítulo IV

Apología del crimen

ARTÍCULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.

Capítulo V

Otros atentados contra el orden público

ARTÍCULO 213 bis. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a ocho años el que organizare o tomare parte en agrupaciones permanentes o transitorias que, sin estar comprendidas en el artículo 210 de este código, tuvieren por objeto principal o accesorios imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Capítulo VI. Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo

(Capítulo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007)

Artículo 213 ter.- (Artículo derogado por art. 1° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

Artículo 213 quáter.- (Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011)

TÍTULO IX. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NACION

Capítulo I

Traición

ARTÍCULO 214. - Será reprimido con reclusión o prisión de diez a veinticinco años o reclusión o prisión perpetua y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua, siempre que el hecho no se halle comprendido en otra disposición de este código, todo argentino o toda persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública, que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro.

ARTÍCULO 215. - Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los casos siguientes:

1º Si ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad;

2º Si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República.

3º Si perteneciere a las fuerzas armadas. (Inciso incorporado por art. 5° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 216. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que tomare parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer el delito de traición, en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución.

ARTÍCULO 217. - Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.

ARTÍCULO 218. - Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán, también, cuando los hechos previstos en ellos fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común.

Se aplicarán asimismo a los extranjeros residentes en territorio argentino, salvo lo establecido por los tratados o por el derecho de gentes, acerca de los funcionarios diplomáticos y de los nacionales de los países en conflicto. En este caso se aplicará la pena disminuida conforme a lo dispuesto por el artículo 44.

Capítulo II

Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación

ARTÍCULO 219. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.

Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años. (Párrafo incorporado por art. 6° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 220. Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos.

Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un (1) año y el máximo de la pena se elevará a cinco (5) años.

(Artículo sustituido por art. 7° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 221. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un Estado o del representante de una potencia extranjera.

ARTÍCULO 222. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. (Párrafo sustituido por art. 8° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina.

Si la revelación u obtención fuese cometida por un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años. (Párrafo incorporado por art. 9° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 223. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio.

ARTÍCULO 224. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

ARTÍCULO 225. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la Nación, apartándose de sus instrucciones.

TÍTULO X. DELITOS CONTRA LOS PODERES PUBLICOS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Capítulo I

Atentados al orden constitucional y a la vida democrática

ARTÍCULO 226. - Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.

ARTÍCULO 226 bis. - El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años.

ARTÍCULO 227. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, los miembros del Congreso que concedieren al Poder Ejecutivo Nacional y los miembros de las legislaturas provinciales que concedieren a los Gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, la suma del poder público o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los

argentinos queden a merced de algún gobierno o de alguna persona (artículo 29 de la Constitución Nacional).

ARTÍCULO 227 bis. - Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descriptos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes. Se aplicará de uno a ocho años de prisión o reclusión e inhabilitación absoluta por el doble de la condena, a quienes, en los casos previstos en el párrafo anterior, aceptaren colaborar continuando en funciones o asumiéndolas, con las autoridades de facto, en algunos de los siguientes cargos: ministros, secretarios de Estado, subsecretarios, directores generales o nacionales o de jerarquía equivalente en el orden nacional, provincial o municipal, presidente, vicepresidente, vocales o miembros de directorios de organismos descentralizados o autárquicos o de bancos oficiales o de empresas del Estado; sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, o de sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o de entes públicos equivalentes a los enumerados en el orden nacional, provincial o municipal, embajadores, rectores o decanos de universidades nacionales o provinciales, miembros de las fuerzas armadas o de policía o de organismos de seguridad en grados de jefes o equivalentes, intendentes municipales, o miembros del ministerio público fiscal de cualquier jerarquía o fuero, personal jerárquico del Parlamento Nacional y de las legislaturas provinciales. Si las autoridades de facto crearen diferentes jerarquías administrativas o cambiaren las denominaciones de las funciones señaladas en el párrafo anterior, la pena se aplicará a quienes las desempeñen, atendiendo a la análoga naturaleza y contenido de los cargos con relación a los actuales.

ARTÍCULO 227 ter. - El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Esta disposición no será aplicable cuando las circunstancias mencionadas en ella se encuentren contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate.

ARTÍCULO 228. - Se impondrá prisión de seis meses a dos años al que ejecutare o mandare ejecutar decretos de los concilios, bulas, breves y rescriptos del Papa que, para su cumplimiento, necesiten del pase del gobierno, sin haberlo obtenido; y de uno a seis años de la misma pena, al que los ejecutare o mandare ejecutar, a pesar de haber sido denegado dicho pase.

Capítulo II

Sedición

ARTÍCULO 229. - Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional, armaren una provincia contra otra, se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.

ARTÍCULO 230. - Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional);
2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código.

Capítulo III

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 231. - Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieren uso de las armas.

ARTÍCULO 232. - En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito.

ARTÍCULO 233. - El que tomare parte como promotor o director, en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o sedición, será reprimido, si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar.

ARTÍCULO 234. - El que sedujere tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar. Si llegare a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o de la sedición en los casos respectivos.

ARTÍCULO 235. - Los funcionarios públicos que hubieren promovido o ejecutado alguno de los delitos previstos en este Título, sufrirán además inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena.- Los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance, sufrirán inhabilitación especial de uno a seis años.- Auméntase al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título, para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad.

ARTÍCULO 236. - Cuando al ejecutar los delitos previstos en este Título, el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles.

TÍTULO XI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Capítulo I

Atentado y resistencia contra la autoridad

ARTÍCULO 237. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 238. - La prisión será de seis meses a dos años:

- 1 Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2 Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas;
- 3 Si el culpable fuere funcionario público;
- 4 Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 238 bis - El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años.

(Artículo incorporado por art. 10 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 238 ter - El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a

cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

ARTÍCULO 240. - Para los efectos de los dos artículos precedentes, se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito.

ARTÍCULO 240 bis - El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 241. - Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

1 El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

2 El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones.

ARTÍCULO 241 bis - Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que:

1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada.

2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores.

3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo.

4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho.

5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 242. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 243. - Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete, se impondrá, además, al reo, inhabilitación especial de un mes a un año.

Capítulo II

Falsa Denuncia

ARTÍCULO 244. -(Artículo derogado por art. 2° de la Ley N° 24.198 B.O. 3/6/1993).

ARTÍCULO 245. - Se impondrá prisión de dos meses a un año o multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo III

Usurpación de autoridad, títulos u honores

ARTÍCULO 246. - Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1 El que asumiere o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;

2 El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas;

3 El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otro cargo.

El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado. (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 247. - Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

(Artículo sustituido por Ley N° 24.527 B.O.8/9/1995)

Capítulo IV

Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos

ARTÍCULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTÍCULO 248 bis.- Será reprimido con inhabilitación absoluta de SEIS (6) meses a DOS (2) años el funcionario público que, debiendo fiscalizar el cumplimiento de las normas de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal, omitiere inspeccionar conforme los reglamentos a su cargo, establecimientos tales como mercados de hacienda, ferias y remates de animales, mataderos, frigoríficos, saladeros, barracas, graserías, tambos u otros establecimientos o locales afines con la elaboración, manipulación, transformación o comercialización de productos de origen animal y vehículos de transporte de hacienda, productos o subproductos de ese origen.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 249. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 249 bis - El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 250. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el jefe o agente de la fuerza pública, que rehusare, omitiere o retardare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

ARTÍCULO 250 bis - Será penado con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, siempre que no resultare otro delito más severamente penado, el militar que en tiempo de conflicto armado:

1. Abandonare sus funciones de control, vigilancia, comunicaciones o la atención de los instrumentos que tuviese a su cargo para esos fines, las descuidase o se incapacitase para su cumplimiento.
2. Observare cualquier dato significativo para la defensa y no lo informase o tomase las medidas del caso.

(Artículo incorporado por art. 16 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 251. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que requiriere la asistencia de la fuerza pública contra la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o de sentencias o de mandatos judiciales.

ARTÍCULO 252. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público.

El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión

de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena.

Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificado en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos.

El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.079 B.O. 19/12/2014)

ARTÍCULO 253. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de seis meses a dos años, el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurrieren los requisitos legales. En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 253 bis - El militar que sin orden ni necesidad emprendiere una operación militar, o en sus funciones usare armas sin las formalidades y requerimientos del caso, sometiere a la población civil a restricciones arbitrarias u ordenare o ejerciere cualquier tipo de violencia innecesaria contra cualquier persona, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 18 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

ARTÍCULO 253 ter - Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado.

(Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

Capítulo V

Violación de sellos y documentos

ARTÍCULO 254. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa. Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 255. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500).

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

Capítulo VI

Cohecho y tráfico de influencias

(Título del capítulo sustituido por art. 30 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 256 bis — Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

(Artículo incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 257. - Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258. - Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 258 bis — Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiere u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 259. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

ARTÍCULO 259 bis - Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada.

(Artículo incorporado por art. 31 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo VII

Malversación de caudales públicos

ARTÍCULO 260. - Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

ARTÍCULO 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

ARTÍCULO 262. - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

ARTÍCULO 263. - Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

ARTÍCULO 264. - Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Capítulo VIII

Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas

ARTÍCULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

(Artículo sustituido por art. 32 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX

Exacciones ilegales

ARTÍCULO 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 267. - Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años.

ARTÍCULO 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Capítulo IX bis

Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados

ARTÍCULO 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 268 (2) — Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

(Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

ARTÍCULO 268 (3) — Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

Capítulo X

Prevaricato

ARTÍCULO 269. - Sufrirá multa de pesos tres mil a pesos setenta y cinco mil e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por el mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 270. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 271. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 272. - La disposición del artículo anterior será aplicable a los fiscales, asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.

Capítulo XI

Denegación y retardo de justicia

ARTÍCULO 273. - Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de obscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

En la misma pena incurrirá el juez que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales.

ARTÍCULO 274. - El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.

Capítulo XII

Falso testimonio

ARTÍCULO 275. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

ARTÍCULO 276 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.

(Artículo incorporado por art. 2º de la Ley N° 27.304 B.O. 2/11/2016)

Capítulo XIII

Encubrimiento

(Denominación del Capítulo sustituida por art. 1º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 277.-

1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
- d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
- e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

- a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.
- b) El autor actuare con ánimo de lucro.
- c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.
- d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)

ARTÍCULO 277 bis.- Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 277 ter.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTÍCULO 278.- (Artículo derogado por art. 2º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 279.-

1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente.

2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor.

3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial.

4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo sustituido por art. 3º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

Capítulo XIV

Evasión y quebrantamiento de pena.

(Rúbrica del capítulo sustituida por art. 3º de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

ARTÍCULO 280. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas.

ARTÍCULO 281. - Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que favoreciere la evasión de algún detenido o condenado, y si fuere funcionario público, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por triple tiempo.

Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 281 bis. El que quebrantare una inhabilitación judicialmente impuesta será reprimido con prisión de dos meses a dos años.

(Artículo incorporado por art.4° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987)

TÍTULO XII. DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Capítulo I

Falsificación de moneda, billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito

ARTÍCULO 282. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación.-

ARTÍCULO 283. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a cinco años, el que cercenare o alterare moneda de curso legal y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada.

Si la alteración consistiere en cambiar el color de la moneda, la pena será de seis meses a tres años de prisión.

ARTÍCULO 284. - Si la moneda falsa, cercenada o alterada se hubiere recibido de buena fe y se expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración, la pena será de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 285. - Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 286. - (Artículo derogado por art. 3° de la Ley N° 25.930 B.O. 21/9/2004)

ARTÍCULO 287. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación absoluta por doble tiempo, el funcionario público y el director o administrador de un banco o de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada.

Capítulo II

Falsificación de sellos, timbres y marcas

ARTÍCULO 288. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años:

1º. El que falsificare sellos oficiales;

2º. El que falsificare papel sellado, sellos de correos o telégrafos o cualquiera otra clase de efectos timbrados cuya emisión esté reservada a la autoridad o tenga por objeto el cobro de impuestos.- En estos casos, así como en los de los artículos siguientes, se considerará falsificación la impresión fraudulenta del sello verdadero.

ARTÍCULO 289. - Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1. El que falsificare marcas, contraseñas o firmas oficialmente usadas o legalmente requeridas para contrastar pesas o medidas, identificar cualquier objeto o certificar su calidad, cantidad o contenido, y el que las aplicare a objetos distintos de aquellos a que debían ser aplicados.

2. El que falsificare billetes de empresas públicas de transporte.

3. El que falsificare, alterare o suprimiere la numeración de un objeto registrada de acuerdo con la ley.

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

ARTÍCULO 290. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que hiciere desaparecer de cualquiera de los sellos, timbres, marcas o contraseñas, a que se refieren los artículos anteriores, el signo que indique haber ya servido o sido inutilizado para el objeto de su expedición.-

El que a sabiendas usare, hiciere usar o pusiere en venta estos sellos, timbres, etc., inutilizados, será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTÍCULO 291. - Cuando el culpable de alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, fuere funcionario público y cometiere el hecho abusando de su cargo, sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.-

Capítulo III

Falsificación de documentos en general

ARTÍCULO 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratase de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratase de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

(Artículo sustituido por art. 9° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293.- Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.

Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años. (Párrafo sustituido por art. 10° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 293 bis.- Se impondrá prisión de UNO (1) a TRES (3) años al funcionario público que, por imprudencia o negligencia, intervenga en la expedición de guías de tránsito de ganado o en el visado o legalización de certificados de adquisición u otros documentos que acrediten la propiedad del semoviente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de su procedencia legítima.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/5/2004)

ARTÍCULO 294. - El que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas en los artículos anteriores, en los casos respectivos.

ARTÍCULO 295. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio.

La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital.

ARTÍCULO 296. - El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad.

ARTÍCULO 297.- Para los efectos de este Capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTÍCULO 298. - Cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo, fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

ARTÍCULO 298 bis. - Quienes emitan o acepten facturas de crédito que no correspondan a compraventa, locación de cosas muebles, locación de servicios o locación de obra realmente contratadas, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 293 de este Código. Igual pena les corresponderá a quienes injustificadamente rechacen o eludan la aceptación de factura de crédito, cuando el servicio ya hubiese sido prestado en forma debida, o reteniendo la mercadería que se le hubiere entregado.

(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 24.760 B.O.13/1/1997)

Capítulo IV

Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes

ARTÍCULO 299. - Sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este Título.-

Capítulo V

De los fraudes al comercio y a la industria

ARTÍCULO 300. - Serán reprimidos con prisión de seis (6) meses a dos (2) años:

1º. El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

2º. El fundador, director, administrador, liquidador o síndico de una sociedad anónima o cooperativa o de otra persona colectiva, que a sabiendas publicare, certificare o autorizare un inventario, un balance, una cuenta de ganancias y pérdidas o los correspondientes informes, actas o memorias, falsos o incompletos o informare a la asamblea o reunión de socios, con falsedad, sobre hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa, cualquiera que hubiere sido el propósito perseguido al verificarlo.

(Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 300 bis - Cuando los hechos delictivos previstos en el inciso 2) del artículo 300 hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis, se impondrá pena de prisión de un (1) a cuatro (4) años y multa de dos (2) a cinco (5) veces el valor falseado en los documentos y actos a los que se refiere el inciso mencionado.

(Artículo incorporado por art. 37 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)

ARTÍCULO 301. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el director, gerente, administrador o liquidador de una sociedad anónima, o cooperativa o de otra persona colectiva que a sabiendas prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio. Si el acto importare emisión de acciones o de cuotas de capital, el máximo de la pena se elevará a tres años de prisión, siempre que el hecho no importare un delito más gravemente penado.

ARTÍCULO 301 bis.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

(Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial).

Capítulo VI

Del pago con cheques sin provisión de fondos

ARTÍCULO 302. - Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, siempre que no concurran las circunstancias del artículo 172:

1º. El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no lo abonare en moneda nacional dentro de

las veinticuatro horas de habersele comunicado la falta de pago mediante aviso bancario, comunicación del tenedor o cualquier otra forma documentada de interpelación;

2º. El que dé en pago o entregue, por cualquier concepto a un tercero un cheque, a sabiendas de que al tiempo de su presentación no podrá legalmente ser pagado;

3º. El que librare un cheque y diera contraorden para el pago, fuera de los casos en que la ley autoriza a hacerlo, o frustrare maliciosamente su pago;

4º. El que librare un cheque en formulario ajeno sin autorización.

TÍTULO XIII. DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONOMICO Y FINANCIERO

(Título incorporado por art. 4º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 303. - ...

1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.
2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.
4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.
5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.
6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 305. - El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o

cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 306.-

1. Será reprimido con prisión de cinco (5) a quince (15) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:

- a) Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- b) Por una organización que cometa o intente cometer delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies;
- c) Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 quinquies.

2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.

3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.

4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

(Artículo incorporado por art. 5º de la Ley Nº 26.734 B.O. 28/12/2011)

ARTÍCULO 307.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el director, miembro de órgano de fiscalización, accionista, representante de accionista y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora, por sí o por persona interpuesta, suministrare o utilizare información

privilegiada a la que hubiera tenido acceso en ocasión de su actividad, para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables.

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 306 reenumerado como artículo 307 por art. 1° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 308.- El mínimo de la pena prevista en el artículo anterior se elevará a dos (2) años de prisión y el máximo a seis (6) años de prisión, cuando:

- a) Los autores del delito utilizaren o suministraren información privilegiada de manera habitual;
- b) El uso o suministro de información privilegiada diera lugar a la obtención de un beneficio o evitara un perjuicio económico, para sí o para terceros.

El máximo de la pena prevista se elevará a ocho (8) años de prisión cuando:

- c) El uso o suministro de información privilegiada causare un grave perjuicio en el mercado de valores;
- d) El delito fuere cometido por un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación o matrícula, o un funcionario público. En estos casos, se impondrá además pena de inhabilitación especial de hasta ocho (8) años.

(Artículo incorporado por art. 4° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 307 reenumerado como artículo 308 por art. 2° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 309.-

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

- a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;
- b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la

situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 310.- Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

En igual pena incurrirá quien capture ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente.

El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periodísticas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 309 renumerado como artículo 310 por art. 4° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 311.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a seis (6) veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que insertando datos falsos o mencionando hechos inexistentes, documentaren contablemente una operación crediticia activa o pasiva o de negociación de valores negociables, con la intención de obtener un beneficio o causar un perjuicio, para sí o para terceros.

En la misma pena incurrirá quién omitiere asentar o dejar debida constancia de alguna de las operaciones a las que alude el párrafo anterior.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 310 renumerado como artículo 311 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 312.- Serán reprimidos con prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación de hasta seis (6) años, los empleados y funcionarios de instituciones financieras y de aquellas que operen en el mercado de valores que directa o indirectamente, y con independencia de los cargos e intereses fijados por la institución, reciban indebidamente dinero o algún otro beneficio económico, como condición para celebrar operaciones crediticias, financieras o bursátiles.

(Artículo incorporado por art. 8° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 311 renumerado como artículo 312 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

ARTÍCULO 313.- Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

(Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 312 reenumerado como artículo 313 por art. 5° del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

ARTÍCULO 314. - El presente código regirá como ley de la Nación seis meses después de su promulgación. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 303 reenumerado como Artículo 306 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 315. - El Poder Ejecutivo dispondrá la edición oficial del código conjuntamente con la exposición de motivos que lo acompaña. Los gastos que origine la publicación se imputarán a esta ley. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 304 reenumerado como Artículo 307 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

ARTÍCULO 316. - Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 3335, 3900, 3972, 4189, 7029, 9077 y 9143, lo mismo que las demás en cuanto se opusieran a este código. Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto por la de prisión. (Artículo 306 reenumerado como Artículo 314 por art. 10 de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011). (Artículo 305 reenumerado como Artículo 308 por art. 5° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

Antecedentes Normativos

- Artículo 313, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, se ha omitido la redacción del presente artículo;

- Artículo 309, Nota Infoleg: debido a las modificaciones y reenumeraciones dispuestas por la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011 y la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011, ha quedado duplicado el número del presente artículo;

- Artículo 308 renumerado como Artículo 309 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 307 renumerado como Artículo 308 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 306 renumerado como Artículo 307 por art. 4° de la Ley N° 26.734 B.O. 28/12/2011;
- Artículo 63, segundo párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.705 B.O. 5/10/2011;
- Artículo 77, quinto párrafo, incorporado por art. 1° del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 252, segundo párrafo incorporado por art. 17 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación;
- Artículo 77, párrafo décimo tercero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo segundo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 77, párrafo décimo primero, incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 128 sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008;
- Artículo 41 ter sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 ter incorporado por art. 11 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 145 bis incorporado por art. 10 de la Ley N° 26.364, B.O. 30/4/2008;
- Artículo 193 bis incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.362, B.O. 16/4/2008;
- Artículo 213 quáter incorporado por art. 3° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 213 ter incorporado por art. 2° de la Ley N° 26.268 B.O. 5/7/2007;
- Artículo 278, inciso 5) incorporado por Art. 5º de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006;
- Artículo 67, cuarto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;
- Artículo 67, quinto párrafo sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.990 B.O. 11/1/2005;

- Artículo 14 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.892 B.O.26/5/2004;
- Artículo 77, párrafo décimo, incorporado por art. 1° de la Ley N° 25.890 B.O.21/5/2004;
- Artículo 279, inciso 3) sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003;
- Artículo 258 bis sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.825 B.O. 11/12/2003;
- Artículo 41 ter, incorporado por art. 2° de la Ley N° 25.742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 24, último párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 25. 742 B.O. 20/6/2003;
- Artículo 206, párrafos incorporados por art. 1° de la Ley N° 25.528 B.O. 9/1/2002;
- Artículo 78 bis, incorporado por art. 51 de la Ley N° 25.506 B.O. 14/12/2001;
- Artículo 157 bis, incorporado por art. 32 de la Ley N° 25.326 B.O. 2/11/2000;
- Artículo 279 sustituido por art. 4º de la Ley N° 25.246 B.O.10/5/2000. Vetada parcialmente por Decreto N° 370/2000 B.O.10/5/2000;
- Artículo 279, inciso 2), Frase "No será punible el encubrimiento de un delito de esa índole, cuando se cometiere por imprudencia, en el sentido del artículo 278, inciso 2;" vetada por Decreto N° 370/2000 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 278 sustituido por art. 3° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000.
- Artículo 278, Nota Infoleg: inciso 2) vetado por Decreto N°370/2000 B.O. 10/5/2000: "2) El que por temeridad o imprudencia grave cometiere alguno de los hechos descriptos en el inciso anterior, primera oración, será reprimido con multa del veinte por ciento (20%) al ciento cincuenta por ciento (150%) del valor de los bienes objeto del delito";
- Artículo 277, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Libro II, Título XI, Capítulo XIII, Denominación, sustituida por art. 1° de la Ley N° 25.246 B.O. 10/5/2000;
- Artículo 67, sustituido por art. 29 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a partir de los ocho días desde su publicación;
- Artículo 265 sustituido por art. 35 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 84 sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;

- Artículo 94 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 203 sustituido por art. 5° de la Ley N° 25.189 28/10/1999;
- Artículo 72 sustituido por art. 14 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 119 sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 131 derogado por art. 12 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 sustituido por art. 8° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 126 sustituido por art. 7° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 125 bis incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 132 sustituido por art. 15 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 128, sustituido por art. 9° de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 ter, incorporado por art. 17 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 127 bis, sustituido por art. 16 de la Ley N° 25.087 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 23, sustituido por art. 26 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 258 bis, incorporado por art. 36 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999;
- Artículo 266 sustituido por art. 37 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación;
- Artículo 189 bis, sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999. Frase "o de uso civil condicionado" vetada por Decreto N° 496/1999;
- Artículo 189 ter, incorporado por art. 3° de la Ley N° 25.086 B.O. 14/5/1999;
- Artículo 73 sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.453 B.O. 7/3/1995;
- Artículo 94, multa actualizada por la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 204 ter, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;

- Artículo 204 bis, Nota Infoleg, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 203, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 155, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N°24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 255, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 286, multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 252, Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72, inc. 3) incorporado por art. 4° de la Ley N° 24.270 B.O. 26/11/1993;
- Artículo 298 bis, sustituido por art.9° de la Ley N° 24.064 B.O.17/1/1992;
- Artículo 301 bis derogado por art. 10 de la Ley N° 24.064 B.O. 17/1/1992;
- Artículo 204 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.737, B.O. 11/10/1989;
- Artículo 204 bis incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 ter incorporado por Ley N°23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 204 quater incorporado por Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 77, párrafo noveno, sustituido por art. 40 de la Ley N° 23.737 B.O.11/10/1989;
- Artículo 163, inciso 1, sustituido por Ley N° 23.588 B.O.24/8/1988;
- Actualización montos de las multas: Ley N° 23.479 B.O.26/1/1987, Ley N° 23.974 B.O.17/9/1991 y la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993;
- Artículo 72 sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.487 B.O. 26/1/1987;
- Rúbrica del Capítulo III, Título III del Libro Segundo, sustituida por art. 2° de la Ley N°23.487 B.O. 26/1/1987;
- Artículo 277, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987;
- Artículo 204, monto actualizado por art. 1° de la Ley N° 23.479, 16/1/1987;
- Artículo 279, sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.468 26/1/1987.

CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

Artículo 1º - Principio de legalidad y duración de proceso.

Nadie podrá ser penado sin juicio previo conforme a las disposiciones de este código ni juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal, ni encausado más de una vez por un mismo hecho.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 1º CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza.)

***Art. 2º - Regla de Interpretación restrictiva y principio de la duda.**

Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento. Siempre que se resuelva sobre la libertad del imputado, o se dicte sentencia, los magistrados deberán estar, en caso de duda, a lo más favorable para aquel. (Concs. Art. 3º CPP Cba.; Art. 2º CPP Costa Rica; Art. 3º CPP Mza.; Art. 4º CPP Mza.)

*La regla enunciada será de particular aplicación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de las Leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de las Leyes indicadas.

(ULTIMO PARRAFO AGREGADO POR LEY 7231, ART. 5)

Art. 3º - Juez natural

Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso.

La potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales, instituidos conforme a la Constitución y la Ley.

(Concs. Art. 1º CPP Cba.; Art. 3 CPP Costa Rica; Art. 1º CPP Mza)

Art. 4º - Ámbito Temporal.

Este código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aún en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 2º CPP Cba.)

Art. 5º - Solución del conflicto

Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas.

(Conc. Art. 7º CPP Costa Rica; Art. 10 CPP Mza -parcial-)

Art. 6º - Medidas cautelares

Las medidas cautelares sólo podrán ser establecidas por ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse.

(Conc. Art. 10 CPP Costa Rica)

Art. 7º - Garantía para el imputado-Defensa Técnica.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que para su defensa consagran las leyes, la Constitución de la Provincia de Mendoza y de la Nación Argentina.

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada.

Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará el Defensor de Pobres y Ausentes.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible partícipe o autor de un hecho punible.

(Conc. Art. 12 -parcial- y Art. 13 CPP Costa Rica)

TÍTULO II. ACCIONES PROCESALES

CAPÍTULO 1. ACCIÓN PENAL

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES. EJERCICIO

***Art. 8º - Acción Penal**

La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley.

Será en general indelegable, salvo en los funcionarios y casos previstos específicamente, para seleccionar y distribuir las causas, realizar actos procesales particulares, o tramitar una causa determinada, en la forma y condiciones previstas por la ley y las directivas generales del Procurador.

(Concs. parciales Art. 5º CPP Cba.; Art. 16 CPP C.Rica; Art. 6º CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 1)

Art. 9º - Acción dependiente de instancia privada.

Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o, en orden excluyente, sus representantes legales, tutor o guardador, formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla. Será considerado guardador quien tuviera a su cargo, por cualquier motivo, el cuidado del menor.

La instancia privada se extiende de derecho a todos los partícipes del delito.

(Concs. Art. 6º CPP - Cba.; Art. 7º CPP - Mza.)

Art. 10 - Querellante particular.

- El ofendido penalmente por un delito de acción pública,
- sus herederos forzosos,
- representantes legales o
- mandatarios,

podrán intervenir en el proceso como querellante particular en la forma especial que este Código establece, y sin perjuicio de ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria.

Si el querellante particular se constituyera, a la vez, en actor civil, podrán formular ambas instancias en un solo escrito, con observancia de los requisitos previstos para cada acto.

El mismo derecho tendrá cualquier persona
contra funcionarios públicos,

que en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, hayan violado derechos humanos;
cuando se trate de delitos cometidos por funcionarios que han abusado de su cargo
así como contra quienes cometen delitos que lesionan intereses difusos.

En todos los casos el tribunal interviniente podrá ordenar la unificación de personería si la cantidad de sujetos querellantes dificultare la agilidad del proceso.

(Concs. Art. 7° CPP Cba.; Art. 75 segunda parte CPP C. Rica)

Art. 11 - Acción privada.

La acción privada se ejercerá por medio de querella, en la forma especial que este Código establece.

(Conc. Art. 8° CPP Cba.)

Art. 12 - Prejudicialidad civil y penal.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción deberán resolver, con arreglo a las disposiciones legales que las rijan, todas las cuestiones que se susciten en el proceso, salvo las referentes a la validez o nulidad del matrimonio, cuando de su resolución dependa la existencia del delito. En estos casos, el ejercicio de la acción penal se suspenderá, aún de oficio, hasta que en la jurisdicción civil recaiga sentencia firme, la que producirá el efecto de cosa juzgada. Si el ejercicio de la acción penal dependiera de juicio político, desafuero o enjuiciamiento previo, se observarán los límites y condiciones establecidos por la ley.

(Concs. Art. 1°, 9° y 10 CPPCba.; Art. 21 CPP C.Rica; Arts. 11 y 13 CPP - Mza.)

***Art. 13 - Apreciación**

Cuando se deduzca una excepción de prejudicialidad, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, podrán apreciar, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si la cuestión invocada es seria, fundada y verosímil. En caso de que aparezca opuesta con el exclusivo propósito de dilatar el proceso, ordenará que éste continúe.

Cuando la resolución que ordene o deniegue la suspensión fuere dictada por el Fiscal de Instrucción, podrá ser objeto de oposición. El Juez de Garantías resolverá, sin sustanciación, en el término de tres días. La resolución no será apelable.

(Concs. Art. 11 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 14 - Efectos de la suspensión

Resuelta la suspensión del proceso de acuerdo con el Artículo 12, se ordenará la libertad del imputado, previa fijación de domicilio, pudiendo disponerse las restricciones previstas en el artículo 280 y practicarse los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 12 CPP Cba.)

Art. 15 - Juicio Civil necesario.

El Juicio civil que fuere necesario podrá ser promovido y proseguido por el Fiscal en lo Civil, con citación de todos los interesados.

(Concs. Art. 13 CPP Cba.)

SECCIÓN SEGUNDA OBSTÁCULOS FUNDADOS EN PRIVILEGIOS CONSTITUCIONALES

Art. 16 - Procedimiento contra un legislador.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querella contra un legislador, el Fiscal de Instrucción interviniente, practicará todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. Si existiera mérito para proseguir la causa, solicitará el desafuero a la Cámara Legislativa que corresponda, acompañando una copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifiquen.

Si aquel hubiera sido detenido por sorprenderlo in fraganti en la ejecución de delito que permita situación de libertad (Art. 280), el Fiscal de Instrucción pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la Cámara Legislativa correspondiente.-

(Concs. Art. 14 CPP Cba., Art. 199 y 200 CPP Mza. -parcial-)"

Art. 17 - Procedimiento contra otros funcionarios.

Cuando se formule requerimiento fiscal o querella contra un funcionario sujeto a juicio político o enjuiciamiento previo, el Fiscal de Instrucción competente podrá practicar todos los actos de carácter probatorio, conservativo, y podrá tomarle declaración, a su pedido, sin requerir el desafuero. El Fiscal de Instrucción remitirá copia de las actuaciones al Tribunal de Enjuiciamiento.

El funcionario sujeto a investigación podrá ser enjuiciado cuando fuere suspendido o destituido por la Cámara de Senadores o por el Tribunal de Enjuiciamiento. (Concs. Art. 15 CPP Cba.; Art. 201 CPP Mza. - parcial -).

Art. 18 - Varios imputados.

Cuando se proceda contra varios imputados y sólo alguno de ellos goce de privilegio constitucional, el proceso podrá formarse y seguir con respecto a los otros.

(Concs. Art. 15. CPP Cba.; 202 CPP Mza.-parcial-)

SECCIÓN TERCERA. EXCEPCIONES

Art. 19 - Enumeración.

El Ministerio Público y las partes podrán interponer las siguientes excepciones que deberán resolverse como de previo y especial pronunciamiento:

- 1) Falta de jurisdicción o de competencia.
- 2) Falta de acción, porque ésta no se pudo promover, no fue iniciada legalmente, o no pudiere proseguir.
- 3) Extinción de la pretensión penal.

Si concurrieran dos o más excepciones, deberán interponerse conjuntamente.

(Concs. Art. 17 CPP Cba.; Art. 42 CPP Costa Rica).

Art. 20 - Interposición y prueba.

Las excepciones se deducirán por escrito y, si fuere el caso, deberán ofrecerse las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen, bajo pena de inadmisibilidad. Si las excepciones se basaren en hechos que deban ser probados, previamente se ordenará la recepción de la prueba por un término que no podrá exceder de quince días, y se citará a las partes a una audiencia para que oral y brevemente hagan su defensa. El acta se labrará en forma sucinta. El trámite de la excepción no podrá durar más de un mes, no computándose el tiempo de diligenciamiento de prueba fuera de la provincia, incidentes, recursos o actos que dependan de la actividad de las partes.

(Conc. Art. 18 CPP Cba.)

***Art. 21 - Trámite y resolución.**

De las excepciones planteadas se correrá vista al Ministerio Público, al querellante particular y a las partes interesadas. El Tribunal resolverá por auto.

Si se dedujera durante la investigación fiscal, efectuado el trámite a que se refiere el artículo anterior, el Fiscal elevará el incidente a resolución del Juez de Instrucción, con opinión fundada, en el término de tres días. Si no hubiera prueba que recibir, elevará inmediatamente las actuaciones.

(Conc. Art. 19 CPP Cba.; Art. 43 CPP C. Rica)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 22 - Tramitación separada.

El incidente se sustanciará y resolverá por separado, sin perjuicio de continuarse la investigación. La resolución será apelable.

(Conc. Art. 20 CPP Cba.)

Art. 23 - Falta de jurisdicción o de competencia.

Si se admitiere la falta de jurisdicción o de competencia, excepción que deberá ser resuelta antes que las demás, se procederá conforme a los artículos 52 y 56. (Conc. Art. 21 CPP Cba.)

Art. 24 - Excepciones perentorias.

Cuando se hiciere lugar a una excepción perentoria, se sobreseerá en el proceso y se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido.

(Conc. Art. 22 CPP Cba.)

Art. 25 - Excepciones dilatorias.

Cuando se hiciera lugar a una excepción dilatoria, se ordenará el archivo del proceso y la libertad del imputado, sin perjuicio de que se declaren las nulidades que correspondan. El proceso continuará tan luego se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción.

(Conc. Art. 23 CPP Cba.)

SECCIÓN CUARTA. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y ACTUACIÓN ENCUBIERTA

Art. 26 - Principio de oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando:

- 1)** Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- 2)** Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
- 3)** En los casos de suspensión del juicio a prueba;
- 4)** En el juicio abreviado;
- 5)** En los supuestos de los párrafos siguientes:

A toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:

- a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación;
- b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:
 1. Su libertad, con los recaudos del artículo 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del artículo 44 y pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal Argentino;
 2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el artículo 300;
 3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación.

(Concs. Art. 22 CPP Costa Rica; Ley Nº 23.737)

6) En los casos en los que corresponda la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas y de conformidad con el cumplimiento de las condiciones y requisitos fijados por dicho régimen". (Ley 9237)

Art. 27 - Efectos del Criterio de Oportunidad.

Si el Tribunal admite la solicitud para aplicar un criterio de oportunidad, se produce la suspensión de la persecución penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso.

Si la decisión se funda en la insignificancia, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones.

El imputado puede oponerse a la suspensión y solicitar que continúe el trámite de la causa.

Si se produjere la reiteración de un ilícito, el Fiscal de Instrucción podrá solicitar al Tribunal que se deje sin efecto la suspensión dispuesta.

(Concs. Art. 23 CPP Costa Rica).

Art. 28 - Plazo para solicitar criterios de oportunidad.

Los criterios de oportunidad podrán solicitarse durante la sustanciación de la causa, y hasta la citación a juicio (artículo 364), con excepción del juicio abreviado final (artículo 418).

(Concs. Art. 24 CPP Costa Rica).

Art. 29 - Actuación encubierta. Investigación bajo reserva.

Actuación encubierta. El Fiscal de Instrucción podrá, por resolución fundada, de manera permanente o durante una investigación, por un delito con pena mayor de tres años, autorizar que una persona, o miembro de la policía, actuando de manera encubierta a los efectos de comprobar la comisión de algún delito o impedir su consumación, o lograr la individualización o detención de los autores, cómplices o encubridores, o para obtener o asegurar los medios de prueba necesarios, se introduzca como integrante de alguna organización delictiva, o actúe con personas que tengan entre sus fines la comisión de delito y participe de la realización de algunos de los hechos previstos en el Código Penal y leyes especiales de este carácter. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad.

La información que el agente encubierto vaya logrando será puesta de inmediato en conocimiento del Fiscal de Instrucción.

La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas de protección necesarias. El agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro; al momento de resolver sobre su situación procesal, el Fiscal de Instrucción deberá analizar si el agente encubierto ha actuado o no conforme al artículo 34 inc. 4) del Código Penal Argentino, en virtud de las instrucciones recibidas al momento de su designación; y decidirá en consecuencia.

Cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al magistrado interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la

autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a previsiones del primer párrafo de este artículo, el Fiscal de Instrucción resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

Cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por haberse develado su verdadera identidad, sin perjuicio de las medidas protectivas que para el mismo, y/o su familia, y/o bienes deberán disponerse, tendrá derecho a seguir percibiendo su remuneración bajo las formas que el Fiscal de Instrucción señale tendientes a la protección del agente. Si se tratare de un particular, percibirá una retribución similar a la de un agente público, conforme al criterio anteriormente expuesto. Investigación bajo reserva.

El Fiscal podrá autorizar la reserva de identidad de uno o más investigadores de la Fiscalía, cuando ello sea manifiestamente útil para el desarrollo de la investigación, por un período de tres meses, el que podrá extenderse hasta seis meses.

Concluido el plazo, el Fiscal elaborará una conclusión sobre la investigación, y si se advierte la probable comisión de delito, revelará la identidad de los investigadores de ser necesario y dará inicio a la investigación penal preparatoria conforme la norma del Art. 313 y concordantes. En caso contrario archivará las actuaciones.

El Fiscal será responsable directo de los investigadores.

(Concs. Ley Nº 23737; Art. 335 Anteproyecto CPP de la Provincia. Del Neuquén).

SECCIÓN QUINTA. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Art. 30 - Procedencia.

El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el artículo 26 del Código Penal.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, o la continuación del procedimiento. El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena. No procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o participe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (Art. 364). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

Si hubiera prueba importante a producir, o que sea necesario resguardar, el Ministerio Público tomará las medidas pertinentes en previsión de la revocación de la suspensión.

(Conc. Art. 25 CPP Costa Rica; Art. 3 Ley Nº 24316)

Art. 31 - Condiciones por cumplir durante el período de prueba.

El tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del Código Penal Argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. Sólo a proposición del mismo, el Tribunal podrá imponer otras reglas de conducta cuando estime que resultan razonables.

(Conc. Art. 26 CPP C. Rica)

Art. 32 - Notificación y vigilancia de las condiciones de prueba.

El Tribunal deberá explicarle personalmente al imputado las condiciones que deberá cumplir durante el período de prueba y las consecuencias de incumplirlas. Dispondrá también las medidas de vigilancia y cumplimiento de las condiciones. (Conc. Art. 27 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 2. ACCIÓN CIVIL

Art. 33 - Ejercicio. Titulares. Limitaciones.

La acción civil destinada a obtener la restitución del objeto material del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable.

Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de homicidio. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediere entre ellos un concurso ideal de delito.

(Concs. Art. 24 CPP Córdoba; Art. 37 CPP Costa Rica)

Art. 34 - Delegación. Defensor de Pobres y Ausentes

La acción civil deberá ser ejercida por un Defensor de Pobres y Ausentes, cuando:

- a) El titular de la acción carezca de recursos y le delegue su ejercicio.
- b) El titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien lo represente, sin perjuicio de la intervención del Ministerio

Pupilar. En ningún caso podrá el mismo Defensor de Pobres y Ausentes ejercer simultáneamente la acción civil y el cargo de Defensor del imputado.

(Concs. Art. 25 CPP Cba.; Art. 39 CPP Costa Rica)

Art. 35 - Carácter accesorio.

En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal.

Sobreseído el imputado o suspendido el procedimiento por alteración grave de sus facultades mentales - acreditada por informe médico forense-, o decretada la rebeldía del imputado, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes. La sentencia absolutoria no impedirá al tribunal pronunciarse sobre la acción civil resarcitoria válidamente ejercida, cuando proceda.

(Concs. Art. 27 CPP Cba.; Art. 40 CPP Costa Rica -parcial-; Arts. 16 y 17 CPP Mza.).

Art. 36 - Ejercicio alternativo.

La acción civil podrá ejercerse en el proceso penal, conforme a las reglas establecidas por este Código o intentarse ante los tribunales civiles; pero no se podrá tramitar simultáneamente en ambas jurisdicciones.

(Concs. Art. 41 CPP Costa Rica)

TÍTULO III. TRIBUNAL

CAPÍTULO 1. JURISDICCIÓN

Art. 37 - Extensión y Carácter.

La Jurisdicción penal se ejercerá por los tribunales que la Constitución y la Ley instituyen, y se extenderá al conocimiento de los hechos delictuosos cometidos en el territorio de la Provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar. La competencia de aquéllos será improrrogable.

(Concs. Art. 28 CPP Cba.; Art. 45 CPP Costa Rica; Art. 18 CPP Mza.)

Art. 38 - Jurisdicciones Especiales.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro de jurisdicción federal o militar, el orden de juzgamiento se regirá por la ley nacional. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 29 CPP -Cba.; Art. 19 CPP Mza)

Art. 39 - Jurisdicciones Comunes.

Si a una persona se le imputare un delito de jurisdicción provincial y otro correspondiente a la jurisdicción de otra provincia, primero será juzgado en Mendoza, si el delito imputado aquí fuere de mayor gravedad. Del mismo modo se procederá en caso de delitos conexos.

(Concs. Art. 30 CPP Cba.; Art. 20 CPP Mza)

Art. 40 - Trámite Simultáneo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38, el proceso de jurisdicción provincial podrá sustanciarse simultáneamente con el conexo, cuando ella no determine obstáculos para el ejercicio de las jurisdicciones o para la defensa del imputado. (Concs. Art. 31 CPP Cba.; Arts. 52 y 53 CPP Costa Rica)

Art. 41 - Unificación de Penas.

Cuando una persona hubiere sido condenada en diversas jurisdicciones y correspondiere unificar las penas (C.P. 58), el Tribunal solicitará o remitirá copia de la sentencia, según hubiere impuesto la pena mayor o la menor. El condenado cumplirá la pena en la Provincia cuando en ésta se disponga la unificación, salvo que la ley determine lo contrario.

(Concs. Art. 32 Cba.; Art. 54 CPP Costa Rica; Art. 21 CPP Mza)

CAPÍTULO 2. COMPETENCIA

SECCIÓN PRIMERA. COMPETENCIA MATERIAL

Art. 42 - Suprema Corte de Justicia.

La Suprema Corte de Justicia conocerá de los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 33 CPP - Cba.; Art. 22 CPP - Mza.)

Art. 43 - Revisión por el Tribunal de Sentencia.

El Tribunal que hubiera dictado sentencia en la causa, conocerá excepcionalmente del recurso de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna y la pena impuesta no exceda del máximo admitido en la nueva Ley.

***Art. 44 - Cámara del Crimen. Tribunal Penal Colegiado.**

La Cámara del Crimen o el Tribunal Penal Colegiado a través de sus Salas Unipersonales o en Colegio, de conformidad con lo previsto en los artículos 45, 46 y concordantes, juzgará en única instancia los delitos cuyo conocimiento no se atribuya a otro Tribunal.

(Concs. Art. 34 CPP - Cba.; Concs. parcial Art. 24 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 28)

***Art. 45 - Regla: Salas Unipersonales.**

A los fines del ejercicio de su competencia, cada juez de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado asumirá la jurisdicción y procederá con las normas del juicio común, excepto lo previsto en el Art. 46, salvo para los actos preliminares del juicio común previstos en el Capítulo I, Título II, del Libro Tercero de este Código que siempre será en Salas unipersonales.

(Concs. Art. 34 bis CPP Cba.). (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 29)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 2)

***Art. 46 - Excepción: Jurisdicción en Colegio.**

No obstante lo previsto en el artículo 45, la Jurisdicción será ejercida en forma colegiada, por tres jueces de la Cámara del Crimen o del Tribunal Penal Colegiado, cuando al momento de interponer la apelación o en oportunidad de citarse las partes a juicios (último párrafo del artículo 364,) el Ministerio Público Fiscal lo solicitare por tratarse de causas complejas, o cuando la defensa del imputado se opusiere al ejercicio unipersonal de la Jurisdicción.

(Concs. Art. 34 Ter CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 30)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 3)

***Art. 47 - Competencia de Apelación.**

Los Jueces que integran las distintas Cámaras del Crimen o los Tribunales Penales Colegiados y los Tribunales Penales de Menores en Salas Unipersonales, asumiendo la Jurisdicción, conocerán de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones apelables de los Jueces que integran los Juzgados de Garantías, Ejecución y de los Juzgados Penales Colegiados. Excepcionalmente, se procederá conforme al artículo 46 de la presente ley.

La asignación de los casos, por las Oficinas de Apelaciones Penales (OAP), en Salas Unipersonales o en Colegio, se hará aleatoriamente entre todos los Jueces competentes por sistema informático,

manteniendo la equitativa distribución de la carga de trabajo, y en coordinación con la agenda de audiencias de la OGAP.

La audiencia oral de apelación será fijada, según los artículos 294 y 472, exclusivamente en horario vespertino.

(Concs. Art. 35 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 31)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 3)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 4)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 48 - Juez de Ejecución. Juzgado Penal Colegiado**

Los jueces penales de primera instancia tendrán la competencia penal del presente Código y la que la ley le asigne, según las siguientes funciones:

- 1) El Juez de Garantías intervendrá tan solo en los supuestos que este Código le atribuye jurisdicción.
- 2) El Juez de Flagrancia intervendrá en el procedimiento de flagrancia conforme los artículos 439 bis, ter y quater.
- 3) El Juez Correccional intervendrá en el procedimiento correccional y juzgará en los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieran reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años o con multa y/o inhabilitación.
- 4) El Juez de Ejecución Penal intervendrá en los supuestos del Libro V de este Código.
(Concs. Art. 36 CPP Cba.; Art. 25 CPP Mza. -parcial-).
(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 32)
(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8680, ART. 8)
(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 49 - Jueces Penales Colegiados.**

Los Jueces Penales Colegiados tendrán competencia en todos los supuestos en que este Código les atribuye jurisdicción, en materia de Garantías, Correccional, Flagrancia y Ejecución.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 33)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 5)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7280, ART. 1) (Conc. Art. 37 CPP Cba.)

***Art. 49 bis - El Juez de Delitos de Tenencia** juzgará en única instancia los delitos previstos en los apartados (2) y primer párrafo del (3) del artículo 189 bis del Código Penal, cualesquiera fuera su pena.

Asimismo, juzgará de aquellos delitos cuya acción típica esté constituida por la tenencia o portación de objetos, cualesquiera fuera la pena conminada en la ley penal, y que la Suprema Corte de Justicia incluya en su competencia.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 8263, ART. 1. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1)

Art. 50 - Juez de Paz.

Si en el territorio de su competencia no hubiere Fiscal de Instrucción o Juez de Menores, el Juez de Paz practicará los actos urgentes de la investigación con arreglo al artículo 316. Podrá recibir declaración al imputado en la forma y con las garantías establecidas por la Ley, ordenar su detención en los casos previstos en los artículos 284 y 286, comunicándola inmediatamente al órgano competente; y recibir las declaraciones testificales, según las normas de la investigación penal preparatoria. Deberá remitir las actuaciones al órgano judicial competente dentro del término de cinco días a contar de su avocamiento, mas en caso de difícil investigación, aquél podrá prorrogar este término por otro tanto.

(Concs. Art. 39 CPP Cba.)

Art. 51 - Determinación.

Para determinar la competencia se tendrán en cuenta todas las penas establecidas por la ley para el delito consumado y las circunstancias agravantes de calificación, no así la acumulación de penas por concurso de hechos de la misma competencia; pero siempre que sea probable la aplicación del artículo 52 del Código Penal, será competente la Cámara en lo Criminal.

(Concs. Art. 40 CPP Cba.; Art. 30 CPP Mza)

Art. 52 - Incompetencia.

La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aún de oficio en cualquier estado del proceso. El Tribunal que la declare remitirá las actuaciones al que considere competente y pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiere.

Sin embargo, fijada la audiencia para el debate sin que se haya planteado la excepción, el Tribunal juzgará de los delitos de competencia inferior.

(Concs. Art. 41 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 31 CPP Mza.)

Art. 53 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que sean imposibles repetir.

Esta disposición no regirá cuando un Tribunal de competencia superior hubiera actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior.

(Concs. Art. 42 CPP Cba. ; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 32 CPP Mza.)

SECCIÓN SEGUNDA. COMPETENCIA TERRITORIAL

Art. 54 - Reglas Principales.

Será competente el Tribunal del lugar en que el hecho se hubiera cometido. En caso de tentativa, el del lugar donde se cumplió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente, el de aquél donde comenzó a ejecutarse.

(Concs. Art. 43 CPP Cba.; Art. 47 inc. a) CPP Costa Rica; Art. 33 CPP Mza)

Art. 55 - Regla Subsidiaria.

Si fuere desconocido o dudoso el lugar donde se cometió el hecho, será competente el Tribunal del lugar donde se estuviere practicando la investigación o, en su defecto, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior.

(Concs. Art. 44 CPP Cba., Art. 47 inc.a) CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 34 CPP Mza.)

Art. 56 - Incompetencia.

En cualquier estado del proceso, el Tribunal que reconozca su incompetencia territorial remitirá las actuaciones al competente y pondrá a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 45 CPP Cba.; Art. 48 CPP Costa Rica; Art. 35 CPP Mza)

Art. 57 - Nulidad.

La inobservancia de las reglas sobre competencia territorial sólo producirá la nulidad de los actos de investigación cumplidos después que se haya declarado la incompetencia.

(Concs. Art. 46 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Art.36 CPP - Mza)

SECCIÓN TERCERA. COMPETENCIA POR CONEXIÓN

Art. 58 - Casos de Conexión.

Las causas serán conexas:

- 1) Si los delitos imputados hubieran sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas o, aunque lo fueran en distintos lugares o tiempo, cuando hubiera mediado acuerdo entre ellas.
- 2) Si un delito hubiera sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro o para procurar al culpable o a otros el provecho o la impunidad.
- 3) Cuando a una persona se le imputaren varios delitos.

(Concs. Art. 47 CPP - Cba. ; Art. 50 inc. b) CPP - Costa Rica; Art. 37 CCP - Mza.)

***Art. 59 - Efecto de la conexión: Unidad de investigación y juzgamiento.**

Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública, deberá intervenir con unidad de investigación la misma Fiscalía y de juzgamiento el mismo Tribunal, y será competente:

- 1) El Tribunal competente para juzgar el delito más grave.
- 2) Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el Tribunal competente para juzgar el delito que se cometió primero.
- 3) Si los hechos fueren simultáneos o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que designare el Tribunal jerárquicamente superior. Se podrá disponer la acumulación de procesos mientras transite la misma etapa procesal, salvo cuando ello determine grave retardo para alguno. A pesar de la acumulación, las actuaciones se compilarán por separado. El Procurador podrá disponer por razones de especialidad o funcionalidad otros criterios de intervención, manteniendo siempre la unidad de investigación, salvo lo autorizado por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 48 CPP - Cba.; Art. 51 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 38 CPP - Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 1)

***Art. 60 - Excepción a la unidad de investigador o juzgador.**

No serán aplicables las reglas de la unidad de investigación y juzgamiento de causas conexas, cuando se deba actuar siguiendo el procedimiento de flagrancia previsto por los Artículos 439 bis, 439 ter y 439 quater.

(Concs. Art. 49 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 39 CPP Mza)

(TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 2)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 2. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7692, ART. 1)

CAPÍTULO 3. RELACIONES JURISDICCIONALES

SECCIÓN PRIMERA. CUESTIONES DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

***Art. 61 - Tribunal Competente.**

Si dos (2) Tribunales Penales Colegiados se declarasen simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un hecho, el conflicto será resuelto por la Suprema Corte de Justicia.

Surgido el conflicto de competencia, el expediente deberá remitirse a la Suprema Corte de Justicia en el plazo de dos (2) días y resolverse en el plazo perentorio de cinco (5) días y en los casos con detenidos el plazo de resolución es fatal.

(Concs. Art. 50 CPP - Cba.; Art.40 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 34)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8885, ART. 3)

Art. 62 - Promoción.

El Ministerio Público y las partes podrán promover la cuestión de incompetencia, por inhibitoria ante el Juez que consideren competente o por declinatoria ante el que estimen incompetente.

El que opte por uno de estos medios no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni emplearlos simultánea o sucesivamente.

Al plantear la cuestión, el oponente deberá, manifestar, bajo pena de inadmisibilidad, no haber usado el otro medio, y si resultare lo contrario, será condenado en costas, aunque aquélla se resuelva a su favor o sea abandonada.

(Concs. Art. 51 CPP - Cba.; Art. 41 CPP Mza)

Art. 63 - Oportunidad.

La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento hasta la fijación de la audiencia para el debate, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 52, 56 y 386.

(Concs. Art. 52 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 42 CPP Mza)

***Art. 64 - Inhibitoria.**

Cuando se promueva inhibitoria se observarán las siguientes normas:

1) El Tribunal ante quien se proponga la resolverá previa vista al Ministerio Público. Si la resolución que deniega el requerimiento de inhibición fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Cuando decida librar exhorto inhibitorio, con él acompañará las piezas necesarias para fundar su competencia.

2) Cuando reciba exhorto de inhibición, el Tribunal requerido resolverá previa vista al Ministerio Público, y a las partes. Si la resolución que hace lugar a la inhibitoria fuere dictada por el Juez de Instrucción, será apelable. Los autos serán remitidos oportunamente al Juez que la propuso, poniendo a su disposición al imputado y los elementos de convicción que hubiere. Si negare la inhibición informará al Tribunal que la hubiere propuesto, remitiéndole copia del auto, y le pedirá que conteste si reconoce la competencia o, en caso contrario, que remita los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia.

3) Recibido el oficio antes expresado, el Tribunal que propuso la inhibitoria resolverá sin más trámite si sostiene o no su competencia: en el primer caso remitirá los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia y se lo comunicará al requerido para que haga lo mismo con el proceso; en el segundo, se lo comunicará al competente, remitiéndole todo lo actuado.

4) La Suprema Corte de Justicia decidirá previa vista al Ministerio Público y enviará inmediatamente la causa al competente.

(Concs. Art. 53 CPP - Cba.; Concs. Parcial Art. 43 CPP Mza)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 65 - Declinatoria.

La declinatoria se sustanciará en la forma establecida para las excepciones (20 y ss.).

(Concs. Art. 54 CPP - Cba.; Art. 44 CPP Mza)

Art. 66 - Efectos.

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación que será continuada:

1) Por el Juez que primero conoció en la causa.

2) Si dos jueces hubieran proveído en la misma fecha, por el requerido de inhibición.

Las cuestiones propuestas antes de la fijación de la audiencia para el debate suspenderán el proceso hasta la decisión del incidente, sin perjuicio de que el Tribunal ordene una investigación suplementaria (369).

(Concs. Art. 55 CPP - Cba.; Art. 49 CPP - Costa Rica; Art. 45 CPP - Mza)

Art. 67 - Validez de los actos.

Al resolver el conflicto, el Tribunal determinará, si correspondiere (53 y 57), qué actos del declarado incompetente no conservan validez.

(Concs. Art. 56 CPP - Cba.; Art. 48 CPP - Costa Rica; Concs. Parcial Art. 46 CPP Mza)

Art. 68 - Cuestiones de Jurisdicción.

Las cuestiones de jurisdicción con jueces nacionales, militares o de otras provincias se resolverán conforme a lo dispuesto anteriormente para las de competencia, con arreglo a la Ley nacional o tratados interprovinciales que existieren.

(Concs. Art. 66 CPP - Cba.; Art. 46 CPP Costa Rica; Art. 54 CPP - Mza -parcial)

SECCIÓN SEGUNDA. EXTRADICIÓN

Art. 69 - Requerimiento a jueces del País.-

Los jueces o tribunales pedirán la extradición de los imputados o condenados que se encuentren en la Capital Federal o en otras provincias, acompañando al exhorto copia de la orden de detención, prisión preventiva o de la sentencia.

(Conc. Art. 48 CPP Mza.; Art. 58 CPP Cba.).

Art. 70 - Requerimiento a jueces extranjeros.-

Si el imputado o condenado se encontrare en territorio de un Estado extranjero, la extradición se tramitará por vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes, o al principio de reciprocidad, o a las costumbres internacionales y mediante la Suprema Corte de Justicia.

(Conc. Art. 49 CPP Mza; arts. 59 y 160 CPP Cba.)

Art. 71 - Requerimientos de otros jueces.-

Los pedidos de extradición formulados por otros jueces serán diligenciados inmediatamente, previa vista por veinticuatro horas al Ministerio Público, siempre que reúnan los requisitos del artículo 69.

Si el imputado o condenado fuere detenido, verificada su identidad, deberá ser puesto sin demora a disposición del juez requirente.

(Conc. Art. 50 CPP Mza; Art. 58 CPP Cba.)

***CAPÍTULO 4. APARTAMIENTO Y RECUSACIÓN**

(DENOMINACION SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

***Art. 72 - Motivos de Inhibición.**

1) Cuando hubiera actuado como miembro del Ministerio Público Fiscal, defensor, mandatario, denunciante o querellante, como perito o conociera el hecho investigado como testigo. Cuando deba juzgar y en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o hubiera intervenido resolviendo la situación legal del imputado.

2) Si fuere pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de algún interesado.

3) Cuando él o alguno de sus parientes en los grados preindicados tengan interés en el proceso.

4) Si fuera o hubiera sido tutor o curador; o hubiera estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.

5) Cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tengan juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima.

6) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas.

7) Cuando antes de comenzar el proceso hubiera sido denunciante, querellante o acusador de alguna de las partes, o denunciado, querellado o acusado, o acusado ante el Jury de Enjuiciamiento o impugnado ante el Honorable Senado al momento del tratamiento de su pliego para el acuerdo por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos.

8) Si hubiera dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.

9) Cuando tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

10) Si él, su esposa, padres o hijos, u otras personas que vivan a su cargo, hubieran recibido o recibieran beneficios de importancia de alguno de los interesados, o si después de iniciado el proceso, él hubiera recibido presentes o dádivas, aunque fueran de poco valor.

11) Cuando mediare violencia moral u otras circunstancias que, por su gravedad, afectaren su imparcialidad (Concs. Art. 60 CPP Cba.; Art. 55 CPP Costa Rica; Art. 51 CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 35)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR

"JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 73 - Interesados.

A los fines del artículo anterior, se consideran interesados el Ministerio Público, el imputado, el querellante, el ofendido, el damnificado y el responsable civil, aunque estos últimos no se constituyan en parte, lo mismo que sus representantes, defensores y mandatarios.

(Concs. Art. 61 CPP Cba.; Art. 55 in fine CPP Costa Rica; Art. 53 CPP Mza)

Art. 74 - Oportunidad de la Inhibición.

El Juez deberá inhibirse en cuanto conozca alguno de los motivos que prevé el artículo 72, aunque hubiera intervenido antes en el proceso.

(Concs. Art. 62 CPP Cba.)

Art. 75 - Excepción.

No obstante el deber impuesto por el artículo 72, los interesados podrán solicitar al Juez que siga conociendo en la causa, excepto que el motivo de la inhibición esté previsto en alguno de los cuatro primeros incisos o cuando él o sus parientes, dentro de los grados referidos, tenga sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo sociedad anónima.

Aquél resolverá sin recurso alguno.

(Concs. Art. 63 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 52 CPP Mza)

***Art. 76 - Tribunal Competente.**

Los jueces que tienen competencia en apelación (artículo 47), juzgarán de la inhibición o recusación de los jueces penales de primera instancia del artículo 48 y estos, de los jueces de paz que actúen en procesos en que aquellos sean competentes. Y los Tribunales Colegiados, previa integración conforme el artículo 46, la recusación de sus miembros.

La recusación no admitida de los jueces de los juzgados penales colegiados (artículo 49), será juzgada por los jueces con competencia en apelación conforme a los artículos 46 y 47, la de los Tribunales Penales Colegiados previa integración colegiada de tres jueces, la de sus miembros.

(Concs. Art. 64 CPP Cba.; Concs. Parcial Art. 57 - 2º Parte CPP Mza.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 36)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 77 - Trámite de la Inhibición.**

El Juez que se inhiba remitirá el expediente, por decreto fundado, al que deba reemplazarlo; éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso, sin perjuicio de que eleve los antecedentes en igual forma al Tribunal respectivo, si estimare que la inhibición no tiene fundamento. La incidencia será resuelta sin más trámite.

Cuando el Juez que forme parte de un Tribunal colegiado reconozca un motivo de inhibición, pedirá que se disponga su apartamiento.

Cuando los motivos de inhibición sean reconocidos por la totalidad de sus integrantes, la causa deberá ser remitida al Tribunal subrogante.

*Los jueces de los Juzgados penales colegiados y Tribunales penales colegiados que se inhiban será reemplazados inmediatamente por la OGAP por otros integrantes del juzgado o tribunal manteniendo siempre la equitativa carga de trabajo.

(Concs. Art. 65 CPP Cba.; Art. 56 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 37)

***Art. 78 - Recusantes.**

El Ministerio Público Fiscal y las partes, podrán recusar al Juez sólo cuando exista uno de los motivos enumerados en el artículo 72.

(Concs. Art. 66 CPP Cba.; Art. 57 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 54 CPP Mza)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 38)

Art. 79 - Tiempo y Forma de Recusar.

La recusación deberá ser interpuesta, bajo pena de inadmisibilidad, en un escrito que indique los motivos en que se basa y los elementos de prueba de los que haya de valerse, en las siguientes oportunidades: durante la investigación, antes de la clausura; en el juicio, durante el término de citación (364); cuando se trate de recursos, en el término de emplazamiento (468) o al deducir el de revisión.

Sin embargo, la recusación que se fundamente en una causal producida o conocida después de los plazos susodichos, podrá deducirse dentro de las 24 horas a contar de la producción o el conocimiento.

Además, en caso de ulterior integración de Tribunal, la recusación podrá interponerse dentro de las 24 horas de la resolución que la hubiera dispuesto.

(Concs. Art. 67 CPP Cba.; Art. 58 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 56 CPP Mza)

Art. 80 - Trámite de la Recusación.

Si el Juez admitiere la recusación, se procederá con arreglo al artículo 77. En caso contrario, remitirá el escrito de recusación y su informe al Tribunal competente (76), para que el incidente se tramite por pieza separada, o si el Juez integrase un Tribunal colegiado, pedirá el rechazo de aquélla.

Previa audiencia en que se recibirá la prueba e informarán las partes, el Tribunal competente resolverá el incidente dentro de las 48 horas, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 68 CPP Cba.; Art. 59 CPP Costa Rica; Concs. Parcial Art. 57 CPP Mza)

***Art. 81 - Recusación no Admitida.**

Si el Juez de Instrucción fuere recusado y no admitiere la existencia del motivo que se invoca, continuará la investigación aún durante el trámite del incidente; pero si se hiciere lugar a la recusación, los actos serán declarados nulos siempre que el recusante lo pidiere en el término de 24 horas a contar desde que el expediente llegó al Juzgado que deba actuar.

(Concs. Art. 69 CPP Cba.; Art. 58 CPP Mza. -Parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 82 - Recusación de Secretarios

Los Secretarios deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos que expresa el artículo 72, y el Tribunal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente lo que corresponda, sin recurso alguno.

(Concs. 70 CPP Cba.; Art. 60 CPP Costa Rica)

***TÍTULO IV. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**

(NOMBRE DEL TÍTULO MODIFICADO POR LEY 8008, ART. 59, INC. 16)

CAPÍTULO 1. FUNCIÓN

***Art. 83 - Función.**

El Ministerio Público Fiscal tendrá las funciones que determine este Código y las leyes respectivas.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 17)

(Concs. Art. 71 CPP Cba.; Art. 62 CPP Mza)

***Art. 84 - Procurador General.**

El Procurador General es la autoridad superior del Ministerio Público Fiscal y responsable principal de la persecución penal. Dirigirá la Policía Judicial y demás órganos auxiliares de dicho Ministerio. Actuará también en los recursos extraordinarios ante la Suprema Corte de Justicia en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 18)

(Concs Art. 72 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica - Parcial)

***Art. 85 - Fiscal de Cámara.**

Además de las funciones acordadas por la ley, el Fiscal de Cámara actuará durante el juicio ante el Tribunal respectivo. Podrá llamar al Fiscal de Instrucción que haya intervenido en la investigación penal

preparatoria, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de un asunto complejo, para que le suministre información o coadyuve con él, incluso durante el debate. 2. Si estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 6)

(Concs. Art. 73 CPP Cba.; Art. 64 CPP C. Rica; Art. 63 CPP Mza)

***Art. 86 - Fiscal de apelación.**

Además de las funciones acordadas por la Ley y las directivas del Procurador, el Fiscal de Instrucción actuará en los recursos de apelación en la forma prevista por este Código.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 4)

(Concs. Art. 74 CPP Cba.)

***Art. 87 - Fiscal de Instrucción.**

El Fiscal de Instrucción promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley, dará órdenes a la Policía Judicial, dirigirá las investigaciones, practicará y hará practicar los actos inherentes a ella y actuará ante los jueces penales de primer instancia (artículo 48 o 49), jueces con competencia en apelación, Cámaras del Crimen o Tribunales Penales Colegiados, cuando corresponda, en la investigación penal preparatoria, en el procedimiento Correccional, en el procedimiento de Flagrancia y en la etapa de debate.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 39)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 7)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 19)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

(Concs. Art. 75 CPP Cba.; Art. 64 CPP Mza - Parcial)

CAPÍTULO 2. FISCAL DE INSTRUCCIÓN

Art. 88 – Ámbito de Actuación.

En la investigación fiscal, el ámbito material y territorial de actuación del Fiscal de Instrucción y lo relativo a conexión de causas, se regirá por lo dispuesto en los artículos 51 al 60, en cuanto sean aplicables. En el caso del artículo 59 inciso 3, el Procurador General designará al Fiscal que deba intervenir.

No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando la investigación la deban realizar Fiscales de Instrucción con asiento en distintas sedes, salvo que pudiera afectar los fines de aquélla (314 y 315).

(Concs. Art. 76 CPP Cba.)

***Art. 89 - Conflictos de Actuación.**

Los conflictos de actuación planteados por los Fiscales de Instrucción o por las partes, serán resueltos por los Fiscales Adjuntos de la Procuración General o, según sea la jurisdicción, por el Fiscal de la Cámara del Crimen que correspondiere, sin más trámite. La cuestión podrá ser promovida en cualquier momento de la investigación preparatoria, hasta su clausura.

(TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 46)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 20)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")(Concs. Art. 77 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. INHIBICIONES Y RECUSACIÓN

***Art. 90 - Casos, Trámite.**

Los miembros del Ministerio Público Fiscal deberán inhibirse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos en el artículo 72, con excepción de sus incisos 7) y 8).

Cuando se inhiban remitirán inmediatamente el expediente por decreto fundado al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si, en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Fiscal Adjunto o, según sea la jurisdicción, al Fiscal del Tribunal Colegiado que correspondiere, quien resolverá la incidencia sin más trámite.

Cuando sean los Fiscales de Tribunales Colegiados - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales- quienes se inhiban, remitirán inmediatamente las actuaciones por decreto fundado, al que deba reemplazarlo. Éste tomará conocimiento de la causa inmediatamente y proseguirá su curso; si en cambio estima que la inhibición no tiene fundamento, elevará los antecedentes al Procurador General, quien resolverá sin más trámite.

Los interesados sólo podrán recusar a los miembros del Ministerio Público Fiscal cuando exista alguno de los motivos enumerados en el artículo 72 incisos 1) al 6) y 9) al 11).

El recusado deberá remitir inmediatamente las actuaciones al Fiscal Adjunto, o según sea la jurisdicción al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal- que correspondiere, quien resolverá sin más trámite. Si se recusase a los Fiscales del Tribunal Colegiado - Fiscales Jefes de Unidades Fiscales-, resolverá el Fiscal Adjunto Penal sin más trámite.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 40)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8911, ART. 47)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 21)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")
(Conc. Art. 78 CPP Cba.; Art. 66 CPP C. Rica; Art. 67 CP.P. Mza)

Art. 91 - Recusación de los Secretarios del Fiscal de Instrucción.

Los Secretarios del Fiscal de Instrucción deberán inhibirse y podrán ser recusados por los motivos del artículo 72.

El Fiscal ante el cual actúen averiguará verbalmente el hecho y resolverá motivadamente sin recurso alguno.

(Concs. Art. 66 CPP C. Rica)

TÍTULO V. PARTES Y DEFENSORES

CAPÍTULO 1. IMPUTADO

SECCIÓN PRIMERA. PRINCIPIOS GENERALES

Art. 92 - Calidad e Instancias.

Toda persona podrá hacer valer los derechos que la ley acuerda al imputado, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra. Cuando estuviere preso, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al Tribunal o Fiscal según corresponda.

(Conc. Art. 81 CPP Cba.; Art. 68 CPP Mza; Art. 81 y 82 CPP C. Rica)

***Art. 93 - Identificación.**

La identificación del imputado se practicará por sus datos personales, impresiones digitales, identificadores biométricos dactilares, cámaras de identificación facial, huellas genéticas digitalizadas, señas particulares y fotografías.

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 41)

(Conc. Art. 69 CPP Mza; Art. 81 CPP Cba.; Art. 83 CPP C.Rica)

Artículo 93 bis - Identificación de las Personas Jurídicas.

La identificación de la Persona Jurídica imputada de los delitos previstos en la Ley Nacional N° 27.401 se practicará en base a las disposiciones contenidas en los artículos 151° y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, pudiendo aplicarse también las leyes respectivas que sean necesarias a los efectos de la identificación de las mismas." (Ley 9237)

Artículo 94° - Identidad física o jurídica.

Cuando sea cierta la identidad física o jurídica de la persona imputada, las dudas sobre los datos suministrados u obtenidos no alterarán el curso del proceso, sin perjuicio de que se rectifiquen en cualquier estado del mismo o durante la ejecución. (Ley 9237)

Art. 95 - Presunta Inimputabilidad.

Si el imputado fuere sometido a la medida prevista por el artículo 299, sus derechos de parte serán ejercidos por el curador o, si no lo hubiere, por el Defensor de Pobres y Ausentes, sin perjuicio de la intervención correspondiente a los defensores ya nombrados.

Si el imputado fuere menor de 18 años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o el tutor.

(Concs. Art. 83 CPP Cba.; Art. 71 CPP Mza)

***Art. 96 - Incapacidad Sobreviniente.**

Si durante el proceso sobreviniere la enfermedad mental del imputado, excluyendo su capacidad de entender o de querer, el Tribunal ordenará por auto la suspensión del trámite hasta que desaparezca la incapacidad. Esto impedirá la declaración del imputado y la realización del juicio, pero no que se averigüe el hecho o que continúe el procedimiento con respecto a coimputados.

También se dispondrá la internación del incapaz en un establecimiento adecuado, cuyo director informará trimestralmente sobre el estado mental del enfermo, pero podrá ordenarse su libertad, dejándolo al

cuidado de sus padres, tutor o guardador, cuando no exista peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

En este caso el enfermo será examinado semestralmente por el perito que el Tribunal designe. El Fiscal requerirá al Juez de Instrucción la declaración de suspensión del trámite y la internación del incapaz.

(Concs. Art. 84 CPP Cba.; Art. 72 CPP Mza.; 85 CPP Costa Rica).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 97 - Pericia Psiquiátrica.

El imputado será sometido a pericia psiquiátrica siempre que fuere

- menor de 18 años,
- mayor de 70,
- sordo - mudo;
- cuando el delito que se le atribuya sea de carácter sexual o
- estuviere reprimido con pena no menor de diez años de prisión o,
- si fuere probable la aplicación de la medida de seguridad prevista por el art. 52 del CP

(Concs. Art. 85 CPP Cba.; Art. 87 CPP C. Rica; Art. 73 CPP Mza)

SECCIÓN SEGUNDA. REBELDÍA

Art. 98 - Casos en que Procede

Será declarado rebelde el imputado que sin grave y legítimo impedimento no compareciera a la citación judicial; no cumpliera la obligación impuesta por el artículo 298; se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido, o se ausentare del lugar designado para su residencia, sin licencia del Tribunal o del Fiscal de Instrucción. (Concs. Art. 86 CPP Cba.; Art. 89 CPP C. Rica; Art. 166 CPP Mza - Parcial)

Art. 99 - Declaración.

En los casos en que proceda, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según

corresponda, declarará la rebeldía del imputado, por resolución motivada, y expedirá la orden de detención si antes no se hubiere dictado.

"Tratándose de personas jurídicas privadas, el Tribunal o el Fiscal de Instrucción, según corresponda, deberá informar dicha resolución a la Dirección de Personas Jurídicas, Dirección de Registros Públicos, Dirección de Asociativismo y Cooperativas y otras dependencias, de manera que adopten las medidas que les correspondan, conforme el tipo de entidad de que se trate y de acuerdo a normativa vigente, como así también a la Administración Federal de Ingresos Públicos y al Registro Nacional de Reincidencia, a sus efectos". (2° párrafo incorporado por Ley 9237)

(Concs. Art. 87 CPP Cba.; Art. 167 CPP Mza)

Art. 100 - Efectos sobre el Proceso.

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación. Si fuere declarada durante el juicio, éste se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados presentes. Declarada

la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fueren indispensables conservar. Cuando el rebelde comparezca, la causa continuará según su estado.

(Concs. Art. 88 CPP Cba.; Art. 90 CPP C. Rica; Art. 168 CPP Mza)

Art. 101 - Efectos sobre la Prisión Preventiva y las Costas.

La declaración de rebeldía implicará la revocatoria de la medida del artículo 295 y obligará al imputado al pago de las costas causadas por la contumacia.

(Conc. Art. 89 CPP Cba.; Art. 169 CPP Mza)

Art. 102 - Justificación.

Si el imputado se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificare que no concurrió debido a un grave y legítimo impedimento, aquélla será revocada y no producirá los efectos previstos en el artículo anterior.

(Conc. Art. 90 CPP Cba.; Art. 170 CPP Mza; Art. 90 CPP C. Rica - parcial)

CAPÍTULO 2. QUERELLANTE PARTICULAR

Art. 103 - Instancia y Requisitos.

Las personas mencionadas en el artículo 10 podrán instar su participación en el proceso - salvo en el incoado contra menores - como querellante particular. Los incapaces deberán actuar debidamente representados, autorizados o asistidos del modo prescrito por la Ley.

La instancia deberá formularse personalmente o por representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) Nombre, apellido y domicilio del querellante particular.
- 2) Una relación sucinta del hecho en que se funda.
- 3) Nombre y apellido del o de los imputados, si los supiere.
- 4) La petición de ser tenido como parte y la firma.

(Conc. Art. 91 CPP Cba.; Art. 72, 75 y 76 CPP C. Rica - parcial)

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante particular, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inciso 5 incorporado por Ley 9237)

***Art. 104 - Oportunidad. Trámite.**

La instancia de querellante particular podrá formularse a partir de iniciada la investigación y hasta su clausura. Podrá ejercer todos los derechos que le acuerda la presente Ley desde la existencia de un hecho que justifique cualquier actuación de investigación con el objeto determinado en el Artículo 315, aunque no hubiere imputado en la causa.

Tras la imputación formal se le notificará al imputado, quien podrá oponerse en el término de tres (3) días.

El pedido será resuelto por el Juez de Garantías en audiencia oral.

(Conc. Art. 92 CPP Cba.; Art.77 CPP Costa Rica).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 2)

***Art. 105 - Rechazo.**

Si el Fiscal rechazara el pedido de participación del querellante particular o la oposición del imputado, éstos podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción, quien resolverá en igual término. La resolución no será apelable.

(Conc. Art. 93 CPP Cba.; Art. 77 CPP Costa Rica -parcial-).

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 106 - Facultades y Deberes.

El querellante particular podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado en la forma que dispone este Código.

La intervención de una persona como querellante particular no la exime del deber de declarar como testigo.

En caso de sobreseimiento o absolución podrá ser condenado por las costas que su intervención hubiere causado.

En los casos que se resuelvan conforme al Art. 26, podrá intervenir, sin facultad de recurrir.

(Conc. Art. 94 CPP Cba.; Art. 80 CPP C. Rica)

Art. 107 - Renuncia.

El querellante particular podrá renunciar a su intervención en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera causado.

Se considerará que ha renunciado a su intervención cuando, regularmente citado, no compareciera a la primera audiencia del debate o no presentare conclusiones.

(Conc. Art. 95 CPP Cba.; Art. 78 y 79 CP.P. C. Rica)

CAPÍTULO 3. DERECHOS DE LA VÍCTIMA

***Art. 108 Víctima del Delito.**

La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a:

a) Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.

b) Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil.

c) Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado.

d) Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido.

e) La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.

f) En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima.

Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Púpilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

En el caso de que la víctima fuere extranjero, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

(Conc. Art. 89 bis CPP Mza.; Art. 96 CPP Cba. -parcial-; Art. 71 CPP Costa Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 1)

***Art. 108 bis –**

En caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial.

La medida tendrá carácter restrictivo, por un plazo determinado y sólo podrá disponerse en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer, a fin de asegurar una orden judicial de prohibición de acercamiento.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Incumplimiento anterior de una medida de prohibición de acercamiento.
- b) Existencia de denuncia penal por violencia contra la mujer.
- c) Consentimiento informado de la mujer.
- d) Plazo determinado prorrogable, sin perjuicio de la revisión judicial periódica de la medida dictada.

Las causales de cese de la orden judicial de utilización de los mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial serán las siguientes:

- 1) Vencimiento del plazo judicial.
- 2) Levantamiento de la prohibición de acercamiento.
- 3) Solicitud de la mujer.
- 4) Sobreseimiento o absolución del denunciado. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8931, ART. 3)

CAPÍTULO 4. ACTOR CIVIL

Art. 109 - Constitución de Parte.

Para ejercer la acción resarcitoria, su titular deberá constituirse en actor civil. Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas del modo prescrito por la ley civil.

(Concs. Art. 97 CPP Cba.; art 74 CPP Mza; Art. 111 CPP C. Rica)

Art. 110 - Instancia.

La instancia de constitución deberá formularse, personalmente o por un representante con poder general o especial, que podrá ser otorgado "apud-acta", en un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad:

- 1) El nombre, apellido y domicilio del accionante.
- 2) La determinación del proceso a que se refiere.
- 3) Los motivos en que la acción se basa, con indicación del carácter que se invoca, y el daño que pretende haber sufrido.
- 4) La petición de ser admitido como parte, y la firma.

(Concs. Art. 98 CPP Cba.; Art. 75 CPP Mza.; Art. 111 "in fine" y 112 CPP Costa Rica).

5) Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del accionante, como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público". (Inc. 5° incorporado por Ley 9237)

Art. 111 - Demandado.

La constitución procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado.

Si en el proceso hubiere varios imputados y civilmente demandados, la pretensión resarcitoria podrá dirigirse contra uno o más de ellos. Cuando el actor no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos.

(Conc. Art. 113 CPP C. Rica; Art. 76 CPP Mza; Art. 99 CPP Cba.)

Art. 112 - Oportunidad.

El pedido de constitución deberá presentarse antes de la clausura de la investigación penal preparatoria. La solicitud será considerada por el Tribunal de Juicio, en el decreto de citación a juicio, quien ordenará las notificaciones pertinentes.

El Fiscal de Instrucción podrá pedir embargo de bienes.

(Conc. Art. 100 CPP Cba.; Art. 77 C.P.P. Mza - parcial; Art. 114 CPP C. Rica - parcial)

Art. 113 - Notificación.

El decreto que acuerde la constitución deberá notificarse al imputado, al demandado civil y a sus defensores, y surtirá efectos a partir de la última notificación.

En el caso previsto por la primera parte del artículo 111, la notificación se hará en cuanto se individualice al imputado.

(Concs. Art. 101 CPP Cba.; Art. 79 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 114 - Oposición.

Los demandados podrán oponerse a la intervención del actor civil, bajo pena de caducidad, dentro del término de cinco días a contar de su respectiva notificación; pero cuando al demandado civil se lo citare o intervinere con posterioridad, podrá hacerlo, dentro de dicho término a contar de su citación o intervención.

(Conc. Art. 102 CPP Cba.; Art. 80 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 115 - Trámite.

La oposición seguirá el trámite de las excepciones y será resuelta por el Tribunal, sin intervención del Ministerio Público. Si se rechazare la Intervención del actor civil, podrá ser condenado por las costas que su participación hubiere causado.

(Concs. Art. 103 CPP Cba.; Art. 81 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 116 - Caducidad e Irreproductibilidad.

Cuando no se dedujere oposición en la oportunidad que establece el artículo 114, la constitución del actor civil será definitiva, sin perjuicio de la facultad conferida por el artículo 117.

La aceptación o el rechazo del actor civil no podrá ser reproducidos en el debate.

(Concs. Art. 104 CPP Cba.; Art. 83 CPP Mza)

Art. 117 - Rechazo y Exclusión de Oficio.

Durante los actos preliminares del juicio, el Tribunal podrá rechazar y excluir de oficio, por decreto fundado, al actor civil cuya intervención fuere manifiestamente ilegal, salvo que su participación hubiere sido concedida al resolverse un incidente de oposición.

(Concs. Art. 105 CPP Cba.; Art. 84 CPP Mza)

Art. 118 - Efectos de la Resolución.

El rechazo o exclusión del actor civil no impedirá el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 106 CPP Cba.; Art. 85 CPP Mza; Art. 115 CPP C. Rica - parcial)

Art. 119 - Facultades y Deberes.

El actor civil podrá actuar en el proceso para acreditar el hecho delictuoso, la existencia y extensión del daño pretendido, y la responsabilidad civil del demandado.

Será de aplicación el artículo 106 segundo párrafo.

(Concs. Art. 107 CPP Cba.; Art. 78 CPP Mza; Art. 116 CPP C. Rica)

Art. 120 - Desistimiento.

El actor civil podrá desistir de su demanda en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiera ocasionado.

Se considerará desistida la acción cuando el actor civil, regularmente citado, no comparezca a la primera audiencia del debate, no concrete la demanda o no presente conclusiones en la oportunidad prevista en el artículo 405, o se aleje de la audiencia sin haberlas formulado.

(Conc. Art. 108 CPP Cba.; Art. 86 CPP Mza; Art. 117 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 5. DEMANDADO CIVIL

Art. 121 - Intervención por Citación.

Quien ejerza la acción resarcitoria podrá pedir la citación de la persona que según las leyes civiles deba responder por el daño que el imputado hubiera causado con el delito, para que intervenga en el proceso como demandada.

La instancia deberá formularse en la forma y oportunidad prescrita por los artículos 110 y 112, con indicación del nombre y domicilio del demandado y de su vínculo jurídico con el imputado.

(Concs. Art. 109 CPP Cba.; Art. 90 CPP Mza; Art. 119 CPP C. Rica).

Art. 122 - Decreto de Citación.

El decreto que ordene la citación contendrá: el nombre y apellido del accionante y del citado, y la indicación del proceso a que se refiere. La resolución deberá notificarse al imputado y a su defensor.

(Conc. Art. 110 CPP Cba.; Art. 92 CPP Mza)

Art. 123 - Nulidad.

Será nula esta citación cuando adolezca de omisiones o errores esenciales que perjudiquen la defensa del demandado civil, restringiéndole la audiencia o la prueba.

La nulidad no influirá en la marcha del proceso ni impedirá el ejercicio ulterior de la acción ante la jurisdicción civil.

(Conc. Art. 111 CPP Cba.; Art. 93 CPP Mza)

Art. 124 - Rebeldía.

Será declarada la rebeldía del demandado civil, a petición del interesado, cuando no comparezca en el plazo de citación a juicio (364). Ella no suspenderá el trámite, que continuará como si aquél estuviera presente. Sólo se nombrará defensor del rebelde al Defensor de Pobres y Ausentes si hubiere sido citado por edictos.

(Conc. Art. 112 CPP Cba.) .

Art. 125 - Intervención Espontánea.

Cuando en el proceso se ejerza la acción civil, la persona que pueda ser civilmente demandada tendrá derecho a intervenir en el proceso.

Esta participación deberá solicitarse, bajo pena de inadmisibilidad, en la forma y oportunidad que prescriben los artículos 110 y 112, en cuanto sea aplicable. El decreto que la acuerde será notificado a las partes y a sus defensores.

(Conc. Art. 113 CPP Cba.; Art. 94 CPP Mza - parcial)

Art. 126 - Oposición.

A la intervención espontánea o por citación del demandado civil podrá oponerse, según el caso, el citado, el imputado o el que ejerza la acción civil, si no hubiera pedido la citación.

Este incidente se deducirá y tramitará en la forma, oportunidad y plazos establecidos en los artículos 114 y siguientes.

(Conc. Art. 114 CPP Cba.; Art. 96 CPP Mza; Art. 122 CPP C. Rica)

Art. 127 - Exclusión.

La exclusión o el desistimiento del actor civil harán caducar la intervención del civilmente responsable.

(Conc.Art. 95 CPP Mza; Art. 123 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 6. CITACIÓN EN GARANTÍA DEL ASEGURADOR

Art. 128 - Derecho.

El actor civil, el imputado y demandado civil asegurados, podrán pedir la citación en garantía del asegurador de los dos últimos.

(Concs. Art. 115 CPP Cba.)

Art. 129 - Carácter.

La intervención del asegurador se regirá por las normas que regulan la del demandado civil, en cuanto sean aplicables.

(Concs. Art.116 CPP Cba.)

Art. 130 - Oportunidad.

El actor civil, el imputado y el demandado civil deberán pedir la citación en la oportunidad prevista en el artículo 112.

(Concs. Art. 117 CPP Cba.)

CAPÍTULO 7. DEFENSORES Y MANDATARIOS

***Art. 131 - Derecho del Imputado.**

El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de su confianza o por el defensor de pobres y ausentes, lo que se le hará saber por la autoridad policial o judicial que intervenga en la primera oportunidad.

Podrá también defenderse personalmente, siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y obste la normal substanciación del proceso.

Si el imputado estuviere privado de su libertad, cualquier persona que tenga con él relación de parentesco o amistad, podrá presentarse ante la autoridad policial o judicial que corresponda, proponiéndole un defensor. En tal caso, se hará comparecer al imputado de inmediato ante el órgano judicial competente, a los fines de la ratificación de la propuesta.

En el caso que el imputado privado de su libertad fuere extranjero y siempre que el interesado lo solicite, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

Si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al defensor de pobres y ausentes como su defensor al solo efecto de los artículos 320 y 321. El imputado que se encuentre detenido tendrá derecho a entrevistarse privadamente con su defensor, salvo en los supuestos de incomunicación legal. Es obligación de la autoridad judicial o policial interviniente proporcionar las condiciones materiales para ello. Se dejará constancia de tal circunstancia. El desconocimiento de tal derecho acarreará la nulidad del acto.

(Concs. Art. 118 CPP Cba.; Art. 99 CPP Mza.; Art. 100 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 7994, ART. 2)

***Art. 132 - Número de Defensores.**

El imputado podrá designar el número de abogados que considere necesario, pero no podrán actuar simultáneamente más de dos (2) en un mismo acto procesal. La notificación hecha a uno de ellos valdrá para todos, y la sustitución del uno por el otro no alterará trámite ni plazos

(Concs. CPP Cba. 119; Art. 100 CPP Mza.; Art. 106 CPP C. Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 3)

Art. 133 - Obligatoriedad.

El ejercicio del cargo de defensor del imputado será obligatorio para el abogado de la matrícula que lo acepte, salvo excusación atendible. La aceptación será obligatoria, sólo cuando se lo nombrare en sustitución del Defensor de Pobres y Ausentes.

(Concs. Art. 120 CPP Cba.; Art. 101 CPP Mza.; Art. 101 CPP C.RICA)

Art. 134 - Defensa de Oficio.

Cuando el imputado no elija oportunamente defensor, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal nombrará en tal carácter al Defensor de Pobres y Ausentes, salvo que lo autorice a defenderse personalmente.

(Concs. Art. 121 CPP Cba.; Art. 103 CPP Mza.; Art. 104 CPP C. Rica)

Art. 135 - Nombramiento Posterior

La designación del defensor de oficio no perjudica el derecho del imputado a elegir ulteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no se considerará operada hasta que el designado acepte el cargo y fije domicilio.

(Concs. Art. 122 CPP Cba.; Art. 102 CPP C. Rica)

Art. 136 - Defensor Común.

La defensa de varios imputados podrá ser confiada a un defensor común siempre que no exista entre aquéllos intereses contrapuestos. Si esto fuera advertido, se proveerá aún de oficio a las sustituciones necesarias.

(Concs. Art. 123 CPP Cba.; Art. 104 CPP Mza.; Art. 107 CPP C.Rica)

Art. 137 - Mandatario del Imputado.

En las causas por delitos reprimidos sólo con multa o inhabilitación, el imputado podrá hacerse representar para todo efecto por un defensor con poder especial, que podrá ser otorgado "apud acta", por ante un Secretario Judicial autorizante. No obstante, se podrá requerir la comparecencia personal.

(Concs. Art. 124 CPP Cba.; Art. 105 CPP Mza.; Art. 103 CPP C.Rica)

***Art. 138 - Otros Defensores y Mandatarios.**

El querellante, el querellante particular y las partes civiles sólo podrán actuar con patrocinio letrado, o hacerse representar por abogados de la matrícula: el primero, con poder especial, notarial o apud acta. Nunca podrá superar el número de dos (2) letrados la representación de cada parte en cada acto procesal, sin perjuicio de la proposición de un número mayor de profesionales.

(Concs. Art. 125 CPP Cba.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 4)

Art. 139 - Abandono.

Si el defensor del imputado abandonare la defensa y dejare a su cliente sin abogado, se proveerá a su inmediata sustitución por el Defensor de Pobres y Ausentes, y no podrá ser nombrado de nuevo en el proceso.

Cuando el abandono ocurriere poco antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres días para la audiencia. El debate no podrá suspenderse otra vez por la misma causa. La intervención de otro defensor particular no excluirá la del oficial.

El abandono de los defensores o apoderados de las partes civiles no suspenderá el proceso.

(Concs. Art. 126 CPP Cba.; Art. 107 -108 CPP Mza.; Art. 105 CPP C. Rica)

***Art. 140 - Sanciones.**

El incumplimiento injustificado de sus obligaciones por parte de defensores o mandatarios será comunicado al Colegio de Abogados correspondiente. Si se tratare de funcionarios judiciales, la comunicación se cursará a la Suprema Corte de Justicia y al Secretario General de la Defensa.

El abandono constituye falta grave y obliga al que incurra en él a pagar las costas de la sustitución sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponderle.

(TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 22)

(Concs. Art. 127 CPP Cba.-Parcial; Art. 109 CPP Mza.; Art. 105 -108 CPP C. Rica)

TÍTULO VI. ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 141 - Idioma.

Todos los actos procesales deberán cumplirse en idioma nacional, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 128 CPP Cba.; Art. 110 CPP Mza.; Art. 130 CPP C.Rica)

Art. 142 - Fecha.

Para fechar un acto deberán consignarse el lugar, día, mes y año en que se cumpliere. La hora será indicada sólo cuando la Ley lo exija.

Si la fecha fuere requerida bajo pena de nulidad, esta sólo podrá ser declarada cuando aquella, en virtud de los elementos del acto o de otros conexos, no pueda establecerse con certeza.

(Concs. Art. 129 CPP Cba.: Art. 113 CPP Mza.)

Art. 143 - Día y Hora de Cumplimiento.

Los actos procesales deberán cumplirse en días y horas hábiles, salvo los de la investigación penal preparatoria. En caso de necesidad, el tribunal podrá habilitar los días y horas que estime conveniente.

(Concs. Art. 130 CPP Cba.; 133 CPP C.Rica Parcial)

Art. 144 - Juramento.

Cuando se requiera la prestación de juramento, el Juez, el Presidente del Tribunal, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal, lo recibirá - bajo pena de nulidad - por las creencias del que jure, después de instruirlo

de las penas que la ley impone a la falsedad. El declarante prometerá decir verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula: "lo juro".

Si el deponente se negare a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir verdad.

(Concs. Art. 131 Cba.; Art. 112 -115 CPP Mza.; Art. 134 CPP C.Rica)

Art. 145 - Oralidad.

Las personas que fueren interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas o documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.

El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y, si fuere menester, se lo interrogará.

Las preguntas que se formulen no serán indicativas, capciosas ni sugestivas.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y respuestas, usándose las expresiones del declarante.

(Concs. Art. 132 CPP Cba.; Art. 111 CPP Mza.; Art. 135 CPP C. Rica)

Art. 146 - Declaraciones Especiales.

Para recibir juramento y examinar a un sordo, se le presentarán por escrito la fórmula y las preguntas; si se tratare de un mudo, responderá por escrito; si fuere un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas.

Cuando dichas personas no supieren leer o escribir, se nombrará intérprete a un maestro de sordomudos o, en su defecto, a alguien que sepa comunicarse con el interrogado.

(Concs. Art. 133 CPP Cba.; Art. 112 CPP Mza.; arts. 130 -131 CPP C.Rica)

CAPÍTULO 2. ACTAS

***Art. 147 - Regla General. Excepción.**

Siempre que se realice una audiencia oral o un acto procesal que sea registrado por video grabación con la presencia del Juez o del Fiscal o del Ayudante Fiscal o del Juez de Paz, dicho registro será prueba suficiente de su realización y certeza de lo ocurrido en ella.

Excepcionalmente cuando un funcionario público o Juez deba dar fe de actos que realice o se cumplan en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el Juez o Tribunal será asistido por el secretario; el Agente Fiscal lo será por un secretario o un Ayudante Fiscal; el Ayudante Fiscal, por un auxiliar de la policía judicial o administrativa; el Juez de Paz y los oficiales o auxiliares de policía judicial o administrativa, por un testigo que, en lo posible, sea extraño a la repartición policial.

(Concs. Art. 134 CPP Cba.; 138 -139 CPP Mza.; Art. 136 CPP C.Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 42)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7282, ART. 2)

Art. 148 - Contenido y Formalidades.

Las actas deberán contener: la fecha y el objeto; el nombre y apellido de las personas que actúen; en su caso, el motivo de la inasistencia de quienes estaban obligados a intervenir; la indicación de las diligencias realizadas y de su resultado; las declaraciones recibidas; si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento, y si las dictaron los declarantes; las observaciones que las partes requieran y, previa lectura, la firma de todos los intervinientes que deban hacerlo, o cuando alguno no pudiere o no quisiere firmar, la mención de ello.

Si tuviere que firmar un ciego o un analfabeto, se les informará que el acta puede ser leída y suscrita por una persona de confianza, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 135 CPP Cba.; Art. 140 CPP Mza.; 136 CPP C.Rica-Parcial)

Art. 149 - Testigo de Actuación.

No podrán ser testigos de actuación los menores de 16 años, los dementes, y los que se encuentren en estado de ebriedad; o aquellos que al momento de la actuación presentaren signos evidentes de alteración de sus facultades.

(Conc. Art.136 CPP Cba.; 116 CPP Mza.)

Art. 150 - Nulidad.

Salvo previsiones expresas el acta será nula si falta la fecha; la firma del funcionario actuante, la del Secretario o testigo de actuación; o la información prevista en la última parte del artículo 148, y la hora si fuera de significativa relevancia.

(Concs. Art. 137 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. ACTOS Y RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Art. 151 - Poder Coercitivo.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal podrá disponer la intervención de la fuerza pública y todas las medidas necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

(Concs. Art. 138 CPP Cba.; Art. 139 CPP C. Rica)

Art. 152 - Actos Fuera del Asiento.

El Tribunal podrá constituirse fuera de su asiento, en cualquier lugar de la Provincia, cuando estime indispensable conocer directamente elementos probatorios decisivos. En tal caso, si corresponde, avisará al Tribunal de la respectiva competencia territorial.

(Concs. Art. 139 CPP Cba., Art.132 CPP C.Rica)

Art. 153 - Asistencia del Secretario.

El Tribunal será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario.

(Concs. Art. 140 CPP Cba.)

Art. 154 - Resoluciones.

Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto. Dictará sentencia para poner término al proceso; auto para resolver un incidente o artículo del mismo, o cuando este Código lo exija; decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.

(Concs. Art. 141 CPP Cba.; Art. 119 CPP Mendoza; Art. 141 CPP C Rica)

***Art. 155 - Fundamentación.**

El Tribunal deberá fundamentar, bajo pena de nulidad, las sentencias y los autos, según las exigencias que imponga en cada caso la ley. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando la ley lo disponga. En las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario, debiendo firmarse según lo dispone el artículo siguiente.

(Concs. Art. 142 CPP Cba.; Art. 120 CPP Mendoza, Art. 142 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 5)

***Art. 156 - Firma.**

Las sentencias, autos y decretos deberán ser suscriptos o firmados digital o electrónicamente, salvo que no se hubiera implementado el sistema digital o electrónico en el tribunal correspondiente.

Las sentencias por Juicio Común por el Juez que actúe, con la salvedad prevista por el inc. 5) del artículo 411. Las sentencias de Sobreseimiento, Juicio Abreviado y los Autos, por el Juez o la mayoría que resuelve.

Los Decretos fundados, por el Juez. Los Decretos de mero trámite lo serán por el Secretario; implementado el Fuero Penal Colegiado por el funcionario habilitado y designado por el Administrador de la OGAP o por la Oficina de Apelaciones, respectivamente. La falta de firma producirá la nulidad del acto.

(Concs. Art. 143 CPP Cba.; Art. 121 CPP Mza; Art. 144 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 43)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 6)

Art. 157 - Término.

Los Tribunales dictarán los decretos el día en que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco días, salvo que se disponga otra cosa; las sentencias, en las oportunidades especialmente previstas.

(Concs. Art. 144 CPP Cba.; Art. 123 parcial CPP Mza; Art. 145 parcial CPP C Rica)

Art. 158 - Rectificación y Aclaración.

Dentro del término de tres días de dictadas las resoluciones, el Tribunal podrá rectificar, de oficio o a instancia del Fiscal o las partes, previa noticia a éstas cualquier error u omisión material de aquéllas, siempre que esto no importe una modificación esencial.

La instancia de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

(Concs. Art. 145 CPP Cba.; Art. 122 CPP Mza; Art. 146 - parcial CPP C Rica)

Art. 159 - Queja por Retardada Justicia.

Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres (3) días no la obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara, o el Tribunal Colegiado o a la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia, según si la omisión fuere de un Juez o de un Tribunal. El superior pedirá informes al denunciado, y sin más trámite declarará inmediatamente si está o

no justificada la queja, ordenando, en su caso, el dictado de la resolución en el término que fije, bajo apercibimiento de las responsabilidades institucionales y legales a que hubiere lugar.

(Concs. Art. 146 CPP Cba.; Art. 124 CPP Mza.) (TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 44)

Art. 160 - Retardos en la Suprema Corte de Justicia

Si la demora a que se refiere el artículo anterior fuere imputable al Presidente o a un miembro de la Suprema Corte de Justicia, la queja podrá formularse ante Tribunal en Pleno. Si el causante de la demora fuere el Tribunal, el interesado podrá ejercitar los derechos que le acuerda la Constitución.

(Concs. Art. 147 CPP Cba.; Art. 125 CPP Mza;)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 45)

Art. 161 - Resolución Firme.

Las resoluciones judiciales quedarán firmes y ejecutoriadas sin necesidad de declaración alguna, en cuanto no sean oportunamente recurridas.

(Concs. Art. 148 CPP Cba.; Art. 126 CPP Mza; Art. 148 - parcial - CPP C. Rica)

***Art. 162 - Copia Auténtica.**

Cuando por cualquier causa se destruya, pierda o sustraiga el original de las sentencias u otros actos procesales necesarios, la copia auténtica tendrá el valor de aquél, la cual será expedida por la OGAP y la OAP, respectivamente. Podrá solicitarse a la OGAP o a la OAP copia de los audios de las audiencias orales, a cargo del solicitante.

(Concs. Art. 149 CPP Cba.; Art. 127 CPP Mza; Art. 149 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 46)

Art. 163 - Restitución y Renovación.

Si no hubiere copia de los actos, el Tribunal ordenará que se rehagan, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y contenido.

Cuando esto no fuere posible, dispondrá la renovación, prescribiendo el modo de hacerla.

(Concs. Art. 150 CPP Cba.; Art. 128 CPP Mza; Art. 150 CPP C Rica)

***Art. 164 - Copias, Informes y Certificados.**

El Tribunal podrá ordenar la expedición de copias o certificados que fueren pedidos por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos, si el estado del proceso no lo impide ni se estorba su normal sustanciación, correspondiendo al Secretario, la OGAP o la Oficina de Apelaciones la realización del trámite.

(Concs. Art. 151 CPP Cba.; Art. 129 CPP Mza; Art. 151 CPP C Rica)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 47)

Art. 165 - Nuevo Delito.

Si durante el proceso tuviere conocimiento de otro delito perseguible de oficio, el Tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público.

(Concs. Art. 152 CPP Cba.; Art. 130 CPP Mza; Art. 152 CPP C Rica)

CAPÍTULO 4. ACTOS Y RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

***Art. 166 - Normas Aplicables.**

Serán de aplicación a los actos del Fiscal de Instrucción los artículos 151, 152, 157, 158 y 161.

El Fiscal de Instrucción será asistido en el cumplimiento de sus actos por el Secretario o por el Ayudante Fiscal.(Concs. Art. 153 CPP Cba.)

(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 48)

***Art. 167 - Forma de Actuación.**

Los representantes del Ministerio Público formularán motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones, bajo pena de nulidad; nunca podrán remitirse a las decisiones del Juez; procederán oralmente en los debates y en los recursos, cuando corresponda, y por escrito en los demás casos.

Las resoluciones del Fiscal de Instrucción serán dadas por decreto, el cual será fundado cuando esta forma sea especialmente prescrita, bajo sanción de nulidad.

La falta de firma, producirá la nulidad de los requerimientos y resoluciones.

*Sin perjuicio de lo expresado, los decretos de mero trámite podrán ser suscriptos únicamente por el secretario de la fiscalía. Los actos procesales que comprende el presente Artículo podrán ser firmados en forma digital o electrónica.

(Concs. Art. 154 CPP Cba.; Art.65 - parcial CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 7)

***Art. 168 - Queja por Retardada Justicia.**

Vencido el término para formular un requerimiento o dictar un decreto, si la omisión fuese de un Fiscal de Instrucción, el interesado podrá proceder conforme lo dispuesto en el artículo 159 denunciando el retardo al Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Si la omisión fuere de un Fiscal de Tribunal Colegiado - Fiscal Jefe de Unidad Fiscal-, la denuncia se hará ante el Fiscal Adjunto Penal.

(Concs. Art. 155 CPP Cba.)(TEXTO SEGÚN LEY 9040, ART. 49) (HIS.: TEXTO PRIMER PARRAFO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 23)

Art. 169 - Nuevo Delito.

Si durante la investigación fiscal se tuviere conocimiento de un nuevo delito perseguible de oficio y no correspondiere la acumulación de las causas, el Fiscal de Instrucción remitirá los antecedentes al Fiscal que correspondan.

(Concs. Art. 156 CPP Cba.)

CAPÍTULO 5. COMUNICACIONES

Art. 170 - Reglas Generales.

Cuando un acto procesal se deba ejecutar por intermedio de otra autoridad, se podrá encomendar su cumplimiento por medio de suplicatoria, exhorto, mandamiento u oficio, según se dirija, respectivamente, a un tribunal de jerarquía superior, igual o inferior, o autoridades que no pertenezcan al Poder Judicial. (Concs. Art. 157 CPP Cba.; Art. 131 CPP Mza.; Art. 153 CPP C Rica).

Art. 171 - Comunicación Directa.

Los órganos judiciales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad de la Provincia, la que prestará su cooperación y expedirá los informes que le soliciten, sin demora alguna. (Concs. Art. 158 CPP Cba.; Art. 132 CPP Mza; Art. 153 - parcial CPP C Rica)

Art. 172 - Comunicaciones de Otras Jurisdicciones.

Las comunicaciones de otras provincias serán diligenciadas sin retardo, de acuerdo con la legislación vigente que haya adherido la Provincia, o en su defecto por las normas que establezca la Suprema Corte de Justicia. El órgano requerido podrá comisionar el despacho del oficio a uno inferior o podrá remitirlo a quien debió dirigirse. En este caso informará inmediatamente al requirente. (Concs. Art. 159 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 173 CPP C Rica)

Art. 173 - Exhortos a Tribunales Extranjeros.

Los exhortos a Tribunales extranjeros serán diligenciados, mediante la Suprema Corte de Justicia, por vía diplomática, en la forma prescrita por los tratados o costumbres internacionales. (Concs. Art. 160 CPP Cba.; Art. 133 CPP Mza; Art. 154 CPP Costa Rica)

Art. 174 - Exhortos del Extranjero.

Los exhortos de Tribunales extranjeros serán diligenciados en los casos y formas establecidas por los tratados o costumbres internacionales y por las leyes del país, cuando lo disponga la Suprema Corte de Justicia.- (Concs. Art. 161 CPP Cba.; Art. 134 CPP Mza.)

Art. 175 - Denegación y retardo.

Si el diligenciamiento de un oficio fuere denegado o demorado, el requirente podrá dirigirse a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda, quienes ordenarán o gestionarán la tramitación si procediera, según sea de la Provincia el órgano requerido. La Suprema Corte de Justicia resolverá previa vista fiscal. (Concs. Art. 162 CPP Cba.)

CAPÍTULO 6. NOTIFICACIONES, CITACIONES Y VISTAS

Art. 176 - Regla General.

Las resoluciones y requerimientos, cuando corresponda, se harán conocer en el término de 24 horas de dictadas, salvo que se dispusiera un plazo menor, y no obligarán sino a las personas debidamente notificadas. (Concs. Art. 163 CPP Cba.; Art. 142 CPP Mza; Art. 155 CPP C. Rica -)

***Art. 177 - Notificaciones en general.**

Las partes del proceso deberán ser notificadas en forma electrónica, telefónica, o por medios equivalentes. Cuando corresponda se utilizarán casillas de correos oficiales y/o sistema informático de almacenamiento de documento.

Cuando sea necesario notificar en forma personal o en el domicilio, se ordenará esta forma mediante decreto fundado.

Si el imputado estuviere privado de libertad será notificado mediante funcionario judicial o administrativo, especialmente designado al efecto, en los lugares de detención. También podrá utilizarse videoconferencia o tecnología similar.

Las personas que no tuvieren domicilio constituido en el proceso, serán notificadas en su domicilio, residencia o lugar donde se hallaren.

(Concs. Art. 144 CPP Mza.; Art. 157 CPP C Rica)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 8)

Cuando se trate de una persona jurídica que no se hubiere presentado al proceso, las notificaciones se le cursarán al domicilio legal consignado en el instrumento de su creación, el cual tendrá carácter de domicilio constituido. Sin perjuicio de ello se le podrán cursar notificaciones a cualquier otro domicilio que se conozca o notificarlas en cualquiera de las formas previstas por el presente ordenamiento. (Último párrafo incorporado por Ley 9237)

***Art. 178 - Domicilio Legal.**

Los litigantes y quienes los representen y patrocinen, tienen el deber de denunciar el domicilio de los primeros y constituir domicilio legal dentro de cincuenta (50) cuerdas del asiento del tribunal, cada uno de ellos, todo en su primera presentación. Si así no lo hicieron se los notificará y practicarán las diligencias que deban cumplirse en esos domicilios en los estrados del tribunal sin trámite o declaración previa alguna. Estos domicilios subsistirán, a todos los efectos legales, aún cuando no existan o desapareciere el edificio donde se constituyera, mientras no sean expresamente cambiados. Los jueces podrán atenuar el rigor de esta regla, cuando se tratase de expedientes paralizados por tiempo mayor de dos (2) años.

(TEXTO SEGUN LEY 8775, ART. 1)

(Concs. Art. 166 CPP Cba.; Art. 155 CPP Mza.; Art. 157 CPP Costa Rica)".

Art. 179 - Notificaciones a Defensores o Mandatarios.

Si las partes tuvieran defensor o mandatario, las notificaciones deberán ser hechas solamente a éstos, salvo que la ley o la naturaleza del acto exijan que también aquéllas sean notificadas.

(Concs. Art. 167 CPP Cba.; Art. 146 CPP Mza.; Art. 158 CPP C.Rica)

Art. 180 - Modo del Acto.

La notificación se hará entregando al interesado que lo exigiere una copia autorizada de la resolución donde conste el proceso en que se dictó.

Si se tratare de resoluciones fundamentadas o requerimientos del Fiscal, la copia se limitará al encabezamiento y parte resolutive o pedido.

(Concs. Art. 168 CPP Cba.; Art. 147 CPP Mza.)

***Art. 181 - Notificación en la Oficina.**

Está prohibido el traslado del expediente, o en su caso del legajo, a las partes, para notificaciones y vistas, sin perjuicio de la extracción de copias o medio equivalente.

(Concs. Art. 169 CPP Cba.; Art. 150 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 9)

Art. 182 - Notificación en el Domicilio.

Cuando la notificación se haga en el domicilio, el funcionario encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución, donde se hayan indicado el órgano judicial y el proceso en que se dictó; entregará una al interesado y al pie de la otra, que se agregará al expediente, dejará constancia de ello con indicación del lugar, día y hora de la diligencia, y firmará junto con el notificado.

Cuando quien deba notificarse no se encontrare en su domicilio, la copia será entregada a una persona mayor de 18 años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes.

Si no se encontrare a nadie, la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos el notificador hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo y ambos suscribirán la diligencia.

Cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia, a dar su nombre o a firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, en presencia de un testigo que firmará la diligencia. Si la persona requerida no supiere o no pudiese firmar, lo hará un testigo a su ruego.

(Conc. Art. 170 CPP Cba.; Art. 148 CPP Mza.; 159 y 161 CPP Costa Rica -parcial-)

"Tratándose de una persona jurídica, la notificación deberá hacerse en el domicilio legal o especial según corresponda, y se hará constar la diligencia en la persona con quien se entienda la notificación; en éste último supuesto, debajo de la firma, se anotará la constancia de un documento de identidad de quien firma. De no poder realizarse de la forma prevista, serán de aplicación las demás previsiones del presente artículo". (Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 183 - Notificación por Edictos.

Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publicarán durante cinco días en un diario de circulación, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguar la residencia.

(Conc. Art. 171 CPP Cba.; Art. 149 CPP Mza.)

Art. 184 - Disconformidad entre Original y Copia.

En caso de disconformidad entre el original y la copia, hará fe respecto de cada interesado la copia por él recibida.

(Concs. Art. 172 CPP Cba.; Art. 151 CPP Mza.)

Art. 185 - Formas especiales de Notificación

Cuando el interesado lo aceptare expresamente por cualquier medio fehaciente previamente comunicado al Tribunal Interviniente y en cualquier momento del proceso, podrá notificársele por medio de pieza postal que certifique su remisión, facsímil o cualesquier otros medios electrónicos. El plazo correrá a partir del momento de la recepción en el caso de piezas postales y desde la emisión o envío en el resto de los medios de comunicación señalados.

Bajo las mismas circunstancias de aceptación, también podrá notificarse a los sujetos del proceso, por otros medios, electrónicos, satelitales o cualesquiera otros que autoricen la Suprema Corte de Justicia, siempre que no causen indefensión.

(Conc. Art. 160 CPP Costa Rica)

Art. 186 - Nulidad de la Notificación.

La notificación será nula:

- 1) Si hubiera existido error sobre la identidad de la persona notificada.
- 2) Si la resolución hubiera sido notificada en forma incompleta.
- 3) Si en la diligencia no constare la fecha o, cuando corresponda, la entrega de la copia.
- 4) Si faltare alguna de las constancias del artículo 182 de las firmas prescritas.

(Concs. Art. 173 CPP Cba.; Art. 152 CPP Mza.; Art. 164 CPP C Rica)

Art. 187 - Citación.

Cuando sea necesaria la presencia de una persona para algún acto procesal, el Tribunal ordenará su citación.

Esta será practicada de acuerdo con las formas prescritas para la notificación, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente.

(Concs. Art. 174 CPP Cba.; Art. 153 CPP Mza.; Art. 165 CPP C Rica)

Art. 188 - Citación Especial.

Los imputados que estuvieren en libertad, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por la Policía Judicial o por cualquier otro medio fehaciente. En todos los casos se les hará saber el objeto de la citación y el proceso en que ésta se dispuso, y se les advertirá que si no obedecieren la orden - sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda - serán conducidos por la fuerza pública e incurrirán en las costas que causaren salvo que tuvieren un impedimento legítimo comunicado sin tardanza alguna al Tribunal. El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente.

(Concs. Art. 175 CPP Cba.; Art. 154 CPP Mza;)

***Art. 189 - Vistas.**

Las vistas se ordenarán cuando la ley lo disponga y serán notificadas de acuerdo con el Artículo 177. Se acompañará copia digital del planteo formulado.

(Concs. Art. 176 CPP Cba.; Art. 156 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 10)

Art. 190 - Notificación.

Cuando no se encontrare a la persona a quien se deba correr vista, la resolución será notificada conforme al artículo 182. El término correrá desde el día hábil siguiente.

(Concs. Art. 177 CPP Cba.; Art. 157 CPP Mza.)

Art. 191 - Término de las Vistas.

Toda vista que no tenga término fijado se considerará otorgada por tres días.

(Concs. Art. 178 CPP Cba.; Art. 158 CPP Mza.)

Art. 192 - Falta de Devolución de las Actuaciones.

Vencido el término por el cual se corrió vista sin que las actuaciones hubieran sido devueltas por el Fiscal o Defensor de Pobres y Ausentes, se dispondrá su incautación inmediata por el Secretario, sin perjuicio de remitirse los antecedentes a la Suprema Corte de Justicia o al Procurador General, según corresponda.

(Concs. Art. 179 CPP Cba.; Art. 159 CPP Mza.)

CAPÍTULO 7. TÉRMINOS

Art. 193 - Regla General.

Los actos procesales se practicarán en los términos establecidos. Estos correrán para cada interesado desde su notificación o, si fueren comunes, desde la última que se practicare, y se contarán en la forma prevista por el Código Civil.

Si el término fijado venciere después de las horas de oficina, el acto que deba cumplirse en ella podrá ser realizado válidamente dentro de las dos primeras horas de oficina del día hábil siguiente.

(Concs. Art. 180 CPP Cba.; Art. 161 CPP Mza.; Art. 164 CPPN)

Art. 194 - Términos.

Para los términos se computarán únicamente los días hábiles, con excepción de los casos que expresamente disponga el presente Código u otra Ley.

(Concs. Art. 162 CPP Mza; Art. 181 CPP Cba.)

Art. 195 - Términos Perentorios y Fatales.

Los términos perentorios son improrrogables salvo las excepciones previstas en la Ley.

Si el imputado estuviere privado de su libertad serán fatales los términos del artículo 349. (Concs. Art. 182 CPP Cba.)

*Art. 196 - Vencimiento. Efectos.

El vencimiento de un término fatal sin que se haya cumplido el acto para el que está determinado, importará automáticamente el cese de la intervención en la causa, del Juez, Tribunal o representante del Ministerio Público Fiscal, al que dicho plazo le hubiera sido acordado. La Suprema Corte de Justicia o el Procurador General, según el caso, dispondrán el modo en que se producirá el reemplazo de aquellos. Cuando el vencimiento del término fatal se atribuya a un miembro de la Suprema Justicia o al Procurador General, en el primer caso será sustituido por otro miembro de la Corte o por un Conjuez y en el caso del Procurador General por los Fiscales Adjuntos, o un Fiscal Jefe de Unidad Fiscal.

Las disposiciones de este artículo sólo son aplicables a los Jueces, Tribunales o representantes del Ministerio Público Fiscal titulares y no a quienes ejercieran competencia interinamente por subrogación en caso de vacancia o licencia.

El Procurador General y los Fiscales deberán controlar, bajo su responsabilidad personal, el cumplimiento de los términos fatales, a cuyo efecto el Procurador General podrá establecer los órganos de inspección que estime pertinentes."

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 50)

(Concs. Art. 183 CPP Cba.)

CAPÍTULO 8. NULIDAD

Art. 197 - Regla General.

Los actos procesales serán nulos sólo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescritas bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 184 CPP Cba.; Art. 171 CPP Mza.)

Art. 198º.- Conminación Genérica.

Se entenderá siempre prescrita bajo pena de nulidad la observancia de disposiciones concernientes:

- 1) Al nombramiento, capacidad y constitución del Tribunal.
- 2) A la intervención de Ministerio Público en el proceso, y a su participación en los actos en que ella sea obligatoria.
- 3) A la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece.
- 4) A la intervención, asistencia y representación de las partes civiles, en los casos y formas que la ley establece.
- 5) A la intervención, asistencia y representación del querellante particular, en los casos de los artículos 346 y 355.

(Concs. Art.185 CPP Cba.; Art. 172 CPP Mza. -parcial-; Art.178 C.Rica)

Art. 199 - Declaración.

El Tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente.

Si no lo hiciere podrá declarar la nulidad a petición de parte.

Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en los incisos 1 al 3 del artículo anterior que impliquen violación de normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

(Concs. Art. 186 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-).

Art. 200 - Instancia.

Salvo los casos en que proceda la declaración de oficio, sólo podrán instar la nulidad el Ministerio Público y las partes que no hayan concurrido a causarla y que tengan interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas.

(Concs. Art. 187 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza.)

Art. 201 - Oportunidad y Forma.

Las nulidades sólo podrán ser instadas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades:

- 1) Las producidas en la investigación penal preparatoria, durante ésta o en el término de citación a juicio.
- 2) Las acaecidas en los actos preliminares del juicio, inmediatamente después de la lectura con la cual queda abierto el debate.
- 3) Las producidas en el debate, antes o inmediatamente después de cumplirse el acto.
- 4) Las acaecidas durante la tramitación de un recurso ante el Tribunal de Alzada, inmediatamente después de abierta la audiencia prescrita por los artículos 472 o 483, o en el alegato escrito.

La instancia de nulidad será motivada, bajo pena de inadmisibilidad. Durante la investigación fiscal, el incidente se tramitará en la forma establecida por el artículo 350. En los demás casos seguirá el trámite previsto para el recurso de reposición (463), salvo que fuere deducida en el alegato, según la última parte del inciso 4, del presente.

(Concs. Art. 188 CPP Cba.; Art. 173 CPP Mza. -parcial-)

Art. 202 - Modo de subsanarla.

Toda nulidad podrá ser subsanada del modo establecido en este Código, salvo las que deban ser declaradas de oficio.

Las nulidades quedarán subsanadas:

- 1) Cuando el Ministerio Público o las partes no las opongan oportunamente (201).
- 2) Cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.
- 3) Si no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin con respecto a todos los interesados.

(Concs. Art. 189 CPP Cba.; Art. 176 CPP Mza; Art. 177 C. Rica -parcial-)

Art. 203 - Efectos.

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declararla, el Tribunal interviniente establecerá, además a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad, por conexión con el acto anulado.

Quando fuere necesario y posible, se ordenará la renovación o rectificación de los actos anulados.

(Concs. Art. 190 CPP Cba.; Art. 177 CPP Mza.; Art. 179 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 204 - Sanciones.

Quando un Tribunal de Alzada declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior o un Fiscal, podrá disponer su apartamiento de la causa e imponerle las medidas disciplinarias que le acuerde la ley, o solicitarlas a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 191 CPP Cba.)

CAPÍTULO 9. MEDIOS DE PRUEBA

SECCIÓN PRIMERA. REGLAS GENERALES

Art. 205 - Libertad Probatoria.

Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo las excepciones previstas por las leyes.

(Concs. Art. 192 CPP Cba.; Art. 182 CPP C. Rica)

Art. 206 - Valoración.

Las pruebas obtenidas durante el proceso serán valoradas con arreglo a la sana crítica.

(Concs. Art. 193 CPP Cba.; Art. 184 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 207 - Exclusiones Probatorias.

Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.

(Concs. Art. 194 CPP Cba.; Art. 181 CPP C. Rica)

SECCIÓN SEGUNDA. INSPECCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN

Art. 208 - Inspección Judicial.

Se comprobará mediante la inspección de personas, lugares y cosas, los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiera dejado; se los describirá detalladamente y, cuando fuere posible, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles.

(Concs. Art. 195 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.; Art. 185 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 209 - Ausencia de Rastros.

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, se describirá el estado existente y, en lo posible, se verificará el anterior. En caso de desaparición o alteración, se averiguará y hará constar el modo, tiempo y causa de ellas.

(Concs. Art. 196 CPP Cba.; Art. 220 CPP Mza.-parcial-; Art. 186 CPP C.Rica.)

Art. 210 - Facultades Coercitivas.

Para realizar la inspección, se podrá ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar, o que comparezca inmediatamente cualquier otra. Los que desobedezcan incurrirán en la responsabilidad de los testigos, sin perjuicio de ser compelidos por la fuerza pública.

(Concs. Art. 197 CPP Cba.; Art. 223 CPP Mza.; Art. 187 CPP C. Rica)

***Art. 211 - Inspección Corporal y Mental.**

Se podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado cuidando que en lo posible se respete su pudor.

Las extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas deberán efectuarse según las reglas del saber médico, a los efectos de obtener la huella genética digitalizada, salvo que pudiere temerse daño a la salud de la persona sobre la que debe efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Podrá disponerse igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad.

Si fuere preciso, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal derecho. Si el Fiscal lo estima conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la recolección de la muestra biológica para la obtención de la huella genética digitalizada por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro o allanamiento domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener la huella genética digitalizada de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de resguardar sus derechos específicos. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el Fiscal procederá del modo indicado en el párrafo precedente.

En ningún caso regirá la facultad de abstención del Artículo 233.

(TEXTO SEGUN LEY 8916, ART. 16)

(Concs. Art. 198 CPP Cba.; Art. 222 CPP Mza.; Art. 188 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 212 - Identificación de Cadáveres.

Si la investigación penal preparatoria se realizare por causa de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y el extinto fuere desconocido, antes de procederse al entierro del cadáver o después de su exhumación, hecha la descripción correspondiente se lo identificará por medio de testigos y se tomarán sus impresiones digitales.

Cuando por los medios indicados no se obtenga la identificación y el estado del cadáver lo permita, éste será expuesto al público antes de practicarse la autopsia, a fin de que quien tenga datos que puedan contribuir al reconocimiento los comunique.

(Concs. Art. 199 CPP Cba.; Art. 224 CPP Mza. -parcial-; Art. 191 CPP C.Rica)

Art. 213 - Reconstrucción del Hecho.

Podrá ordenarse la reconstrucción del hecho, de acuerdo con las declaraciones recibidas u otros elementos de convicción, para comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

Nunca se obligará al imputado a intervenir en el acto, el que deberá practicarse con la mayor reserva posible para evitar la presencia de extraños que no deban actuar.

(Concs. Art. 200 CPP Cba.; Art. 225 CPP Mza.; Art. 192 CPP C.Rica)

Art. 214 - Operaciones Técnicas.

Para mayor eficacia de las inspecciones y reconstrucciones, se podrán ordenar todas las operaciones técnicas y científicas convenientes.

(Concs. Art. 201 CPP Cba.; Art. 226 CPP Mza.; Art. 188 in fine CPP C. Rica)

Art. 215 - Juramento.

Los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en actos de inspección o reconstrucción, deberán prestar juramento conforme a los artículos 144, 240 y 246.

(Concs. Art. 202 CPP Cba.; Art. 227 CPP Mza.)

SECCIÓN TERCERA. REGISTRO Y REQUISA

Art. 216 - Registro.

Si hubiere motivos suficientes para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el Tribunal o Fiscal de Instrucción si no fuere necesario allanar el domicilio, ordenarán por decreto fundado, bajo pena de nulidad, el registro de ese lugar.

Podrán también disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o delegar la diligencia en funcionarios de la Policía Judicial. En este caso, la orden, bajo pena de nulidad, será escrita, expresando el lugar, día y hora en que la medida deberá efectuarse y el nombre del comisionado, quien actuará conforme al Capítulo 2 del presente Título.

Excepcionalmente, y siempre que hubiera motivos suficientes y razonablemente fundados para presumir el ocultamiento de armas, municiones, explosivos o cosas presuntamente relacionadas con la comisión del delito en un determinado lugar, complejo residencial o habitacional, barrio o zona determinada, el magistrado competente podrá disponer de la fuerza pública para proceder al registro, debiendo ordenar in situ, si correspondiere, el allanamiento de lugares determinados mediante decreto firmado. La diligencia deberá contar, bajo pena de nulidad, con la presencia del funcionario del Ministerio Público competente.

(Concs. Art. 203 CPP Cba.; Art. 228 CPP Mza. -parcial-; Art. 185 CPP Costa Rica-parcial-; cfr. Art. 1 Ley Nº 6796).

*Art. 217 - Allanamiento de la morada.

Cuando el registro debe efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la orden será dictada por decreto fundado de juez competente, a solicitud del fiscal interviniente o del funcionario en quien éste delegue la misma.

El juez deberá expedirse dentro del plazo de una (1) hora de recibida la solicitud. Este plazo podrá prorrogarse fundadamente por hasta dos (2) horas más, bajo apercibimiento de poner en conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, a fin de imponer las medidas disciplinarias correspondientes.

La diligencia solo podrá comenzar desde que sale hasta que se pone el sol, salvo que el interesado o su representante presten su consentimiento. Sin embargo, en los casos sumamente graves y urgentes o cuando se considere que peligre el orden público, el allanamiento podrá efectuarse a cualquier hora. Deberá ser siempre fundada la denegatoria de allanamiento domiciliario. Igual recaudo se requiere para la autoridad solicitante. En caso de urgencia, cuando medie delegación de la diligencia, el preventivo

solicitando la orden al Juez de Garantías y la comunicación de la orden por éste, a quien se le encomiende el allanamiento podrá realizarse por fax o medios electrónicos. El destinatario de la orden comunicará inmediatamente su recepción al juez emisor y corroborará que los datos de la orden, sean correctos. Podrá usarse la firma digital.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia, reglamentará los recaudos que deban adoptarse para asegurar la certidumbre y autenticidad del procedimiento. En supuestos urgentes, tratándose de delitos graves, el Fiscal de Instrucción podrá petitionar la orden de allanamiento telefónicamente al Juez de Garantías. La mencionada comunicación no podrá ser delegada por el fiscal de instrucción a ningún funcionario judicial.

El Juez de Garantías, dictará el decreto autorizando el allanamiento, a través de los medios de comunicación establecidos en el párrafo anterior. El Fiscal de Instrucción deberá acompañar el preventivo dentro de las 48 horas de realizada la medida. En caso de ser necesario por la complejidad del asunto, el Juez de Garantías podrá librar la orden consignando únicamente su parte dispositiva, difiriéndose los fundamentos de la misma. Ésta se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de 24 horas a contar del momento de libramiento de la orden, debiendo notificarse por escrito los fundamentos al que habite o posea el lugar donde deba efectuarse la medida. Cuando por existir evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, fuese necesario que la autoridad preventora ingrese al lugar primeramente, se dejará constancia explicativa de ello en el acta, bajo pena de nulidad. Si en estricto cumplimiento de la orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al juez o fiscal interviniente.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 1)

(Concs. Art. 204 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza. -parcial-; Art. 193 CPP Costa Rica -parcial; cfr. Ley Nº 6637)

*Art. 218 - Registro de otros locales.

La restricción horaria establecida en el artículo anterior, no regirá para las oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, el local de las asociaciones o cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación particular, pudiendo ser decretada la orden de registro por el Juez de Garantías o el Fiscal de Instrucción. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación. Para la entrada y registro en las Cámaras Legislativas, será necesaria la autorización del Presidente respectivo.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 2)

(Concs. Art. 205 CPP Cba.; Art. 230 CPP Mza.; Art. 194 CPP C.Rica)

*Art. 219 - Allanamiento Sin Orden.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía judicial podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial:

- 1) Si por incendio, inundación u otra causa semejante, se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad.
- 2) Cuando se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito.
- 3) En caso de que se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.

4) Si voces provenientes de una casa anuncian que allí se está cometiendo un delito, o de ella pidieran socorro.

5) Se tenga sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la diligencia y será necesaria su presencia en el lugar.

(TEXTO SEGUN LEY 7781, ART. 3)

(Concs. art . 206 CPP Cba.; Art. 231 CPP Mza.; Art. 197 CPP C.Rica)

Art. 220 - Formalidades para el Allanamiento.

La orden de allanamiento será notificada al que habite o posea el lugar donde debe efectuarse.

Cuando éste estuviera ausente, se notificará a su encargado o, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar, prefiriendo a los familiares del primero.

Al notificado se lo invitará a presenciar el registro.

Cuando no se encontrare a nadie, ello se hará constar en el acta.

Practicado el registro, se consignará en el acta su resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

El acta será firmada por los concurrentes. Si alguien no lo hiciere, se expondrá la razón.

(Concs. Art. 207 CPP Cba.; Art. 232 CPP Mza.; Art. 196 CPP C. Rica)

Art. 221 - Orden de Requisa Personal.

Se ordenará la requisa personal por decreto fundado, bajo pena de nulidad, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida, podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 15 de la ley 6722.

(Concs. Art. 208 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.; Art. 188 CPP Costa Rica -parcial-).

Art. 222 - Procedimiento de Requisa.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando en lo posible el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer, serán efectuadas por otra, salvo que esto importe demora perjudicial a la investigación.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere se indicará la causa.

(Concs. Art. 209 CPP Cba.; Art. 234 CPP Mza.-pacial-; Art. 189 CPP C.Rica)

SECCIÓN CUARTA. SECUESTRO

Art. 223 - Orden de Secuestro.

El Tribunal o el Fiscal de Instrucción, si no fuere necesario allanar domicilio, podrán disponer que sean conservadas o recogidas las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación o aquéllas que puedan servir como prueba; para ello, cuando fuere necesario, se ordenará su secuestro.

En casos urgentes, esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial en la forma prescrita para los registros.

(Concs. Art. 210 CPP Cba.; Art. 235 CPP Mza. -parcial-; Art. 198 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 224 - Orden de Presentación. Limitaciones.

En vez de disponer el secuestro se podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban abstenerse de declarar como testigos, por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado.

(Concs. Art. 211 CPP Cba.; Art. 189 CPP C.Rica -2º parte-)

Art. 225 - Documentos Excluidos.

No podrán secuestrarse, bajo pena de nulidad, las cartas, documentos, grabaciones o elementos soportes de medios electrónicos que se envíen o entreguen a los defensores para el desempeño de su cargo.

(Concs. Art. 212 CPP Cba.; Art. 241 CPP Mza.; Art. 201 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 226 - Custodia o depósito.

Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, La disposición del órgano judicial interviniente, o se ordenará su depósito.

Cuando se tratare de automotores u otros bienes de significativo valor, no se entregarán en depósito sino a sus propietarios, salvo que desde su secuestro hayan transcurrido seis meses sin que hubiere mediado reclamo por parte de aquellos.

Los automotores podrán ser solicitados en depósito al órgano judicial interviniente, por el Poder Ejecutivo -a través del funcionario que designe- para ser afectados exclusivamente al cumplimiento de la función de seguridad que compete a la Policía de la Provincia, o por el Procurador General para ser destinados a la tarea de la Policía Judicial.

Se podrá disponer la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la investigación penal preparatoria.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del Tribunal o Fiscalía de Instrucción que intervenga y con la Firma del Juez o del Fiscal, según corresponda, y del Secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.

Si fuera necesario remover los sellos, se verificará previamente su identidad e integridad. Concluido el acto, aquéllos serán repuestos, y todo se hará constar.

(Concs. Art. 213 CPP Cba.; Art. 237 CPP Mza. -parcial-)

Art. 227 - Intercepción de Correspondencia.

Siempre que lo considere útil para la averiguación de la verdad, el Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la interceptación o el secuestro de la correspondencia postal, telegráfica, electrónica o de todo efecto remitido por el imputado o destinado al mismo, aunque sea bajo nombre supuesto.

(Conc. Art. 214 CPP Cba.; Art. 238 CPP Mza. -parcial-)

Art. 228 - Apertura y Examen de Correspondencia. Secuestro.

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el Tribunal procederá a su apertura, haciéndolo constar en acta.

Examinará los objetos y leerá por sí el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia.

(Concs. Art. 215 CPP Cba.; Art. 239 CPP Mza. -parcial-)

Art. 229 - Intervención de Comunicaciones.

El Tribunal podrá ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad, la intervención de las comunicaciones del imputado, cualquiera sea el medio técnico utilizado, para impedir las o conocerlas.

(Concs. Art. 216 CPP Cba.; Art. 240 CPP Mza.)

***Art. 229 bis**

- Cuando se presuma la existencia de una Asociación Ilícita, en cualquier instancia y bajo cualquier régimen procesal, Leyes 1.908 y 6.730, el Juez de Garantías, previa evaluación del o los elementos indiciarios que justifiquen el pedido de intervención de las comunicaciones de los sospechosos, decretará fundada e inmediatamente la medida, disponiendo el tiempo de los mismos.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 1)

***Art. 229 ter –**

La intervención de las comunicaciones a las que se alude en los artículos precedentes, podrán extenderse hasta un plazo máximo de sesenta días, pudiendo ser prorrogado por igual término, si las circunstancias del caso lo requieren. No podrá concederse autorización para realizarla de manera indeterminada. Quedan prohibidas dentro de los procesos penales las intervenciones de las comunicaciones llevadas a cabo entre los imputados y sus abogados defensores. Vencidos los plazos establecidos el Juez dará vista al Ministerio Público para que determine la iniciación de la causa o su archivo. Si se ordenara el archivo, el Juez y Tribunal interviniente exclusiva y excluyentemente, será el ejecutor de la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones." (TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 2)

***Art. 229 quater –**

De la orden que dispone la intervención de la comunicación, el Juez de Garantía, remitirá copia en sobre cerrado a la Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso.

(TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7697, ART. 3)

Art. 230 - Devolución.

Los objetos secuestrados que no estén sometidos a confiscación, restitución o embargo, serán devueltos, tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron.

Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito,

e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones y según corresponda, al damnificado o al poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados.

(Concs. Art. 217 CPP Cba.; Art. 242 CPP Mza. -parcial- ; Art. 200 CPP C.Rica -parcial-)

SECCIÓN QUINTA. TESTIGOS

Art. 231 - Deber de Indagar.

Se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

(Concs. Art. 218 CPP Cba.; Art. 243 CPP Mza.; Art. 204 CPP C. Rica)

Art. 232 - Obligación de Testificar.

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Sin perjuicio de ello, y a solicitud del testigo, el magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de daño en ellos.

Igualmente y a solicitud del interesado el magistrado interviniente deberá resguardar la identidad y demás datos del testigo. Tal situación regirá hasta tanto no lo requiera la defensa a los efectos del ejercicio de las garantías constitucionales pertinentes.

(Concs. Art. 219 CPP Cba. -parcial-; Art. 244 CPP Mza.-parcial-; Art. 204 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 233 - Facultad de Abstención.

Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio.

(Concs. Art. 220 CPP Cba.; Art. 246 CPP Mza. -parcial-; Art. 205 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 234 - Deber de Abstención.

Deberán de abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los Ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto, con excepción de las mencionadas en primer término.

Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá sin más a interrogarlo.

(Concs. Art. 221 CPP Cba.; Art. 247 CPP Mza. -parcial-; Art. 206 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 235 - Comparecencia.

Para el examen de testigos, se librará orden de citación con arreglo al artículo 188, excepto los casos previstos por los artículos 241 y 242.

En los casos de urgencia sin embargo, podrán ser citados verbalmente.

El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

(Concs. Art. 222 CPP Cba.; Art. 248 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 236 - Residentes Fuera de la Ciudad.

Cuando el testigo no resida en la ciudad donde el órgano judicial interviniente actúa ni en sus proximidades, o sean difíciles los medios de transporte, se someterá la declaración, por oficio a la autoridad de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer, en razón de la gravedad

del hecho investigado y la importancia del testimonio; en este caso se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda.

De igual manera se procederá cuando el testigo resida en otra jurisdicción.

(Concs. Art. 223 CPP Cba.; Art. 249 CPP Mza. -parcial-; Art. 207 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 237 - Ignorancia del idioma y discapacidades.

Si el testigo no supiere darse a entender por ignorar el castellano o ser sordomudo, o si fuere ciego, se procederá de la siguiente manera; para la ignorancia del idioma regirán los artículos 260 y concordantes de este Código. Para hacer jurar y examinar a un sordo le presentarán por escrito la fórmula del juramento, las preguntas y las observaciones, para que jure y responda oralmente; si se tratare de un mudo se harán oralmente las preguntas y responderá por escrito; si de un sordomudo, las preguntas y respuestas serán escritas. Si dichas personas no supieran darse a entender por escrito, se nombrará intérprete. Si se tratase de un ciego que deba suscribir algún documento, podrá pedir que antes de ello, le dé lectura una persona de su confianza, lo cual se hará saber bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 112 CPP y 141 CCP. Mza.-parcial-)

Art. 238 - Compulsión.

Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 188, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda.

Si después de comparecer se negare a declarar, se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él causa criminal.

(Concs. Art. 225 CPP Cba.; Art. 250 CPP Mza. -parcial-; Art. 208 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 239 - Arresto Inmediato.

Podrá ordenarse el inmediato arresto a un testigo cuando carezca de domicilio o haya temor fundado de que se oculte o fugue. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca excederá de 24 horas.

(Concs. Art. 226 CPP Cba.; Art. 210 CPP C.Rica)

Art. 240 - Forma de Declaración.

Antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de la pena de falso testimonio y prestarán juramento, bajo pena de nulidad, con excepción de los menores de 16 años y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

Inmediatamente, se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés por las partes, y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Si el testigo pudiera abstenerse de declarar, se le deberá advertir, bajo pena de nulidad, que goza de dicha facultad, lo que se hará constar.

A continuación se le interrogará sobre el hecho, si corresponde, de acuerdo con el Artículo 145.

Para cada declaración se labrará acta con arreglo a los artículos 147 y 148.

A solicitud del testigo el Magistrado interviniente deberá disponer la custodia de su persona y/o familiares y/o bienes del mismo, cuando existiere temor fundado de sufrir un daño en ellos.

(Concs. Art. 227 CPP Cba.; Art. 252 CPP Mza. -parcial-; Art. 211 CPP C.Rica -parcial-)

*Art. 240 bis -

Implementase el Sistema de Cámara Gesell en el ámbito de la Provincia de Mendoza. En caso de tratarse de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, III, IV y V, y los comprendidos en el Artículo 53 de la Ley 6.354, Libro Segundo, Título Primero, Capítulo Segundo o las que en el futuro la modifiquen, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, debe seguirse el siguiente procedimiento:

a) Los menores aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo o una psicóloga especialista en niños, niñas y adolescentes, y/o un psiquiatra infanto juvenil u otro profesional de disciplinas afines que cuente con la capacitación correspondiente. Los mismos serán designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.

b) El mismo tendrá lugar en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y a la etapa evolutiva del menor.

c) El profesional actuante, en el plazo que el Tribunal disponga, elevará un informe detallado de las conclusiones a las que arribe.

d) A pedido de parte o si el Tribunal lo dispone de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico, con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor.

e) En caso de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

(TEXTO MODIFICADO POR LEY 8925, ART. 1)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 1)

*Art. 240 ter

Quando se trate de testigos, que a la fecha de ser requerida su comparecencia tengan menos de dieciocho (18) años, el Tribunal previa a la recepción del testimonio, podrá requerir informe del especialista a cargo del procedimiento, acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor ante la necesidad de que éste deba comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 240 bis del presente Código. (TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 3)

*Art. 240 quater

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores será de aplicación lo prescripto por la Ley 6.354 -protección integral de niños, adolescentes, derechos y garantías, régimen jurídico de menores- y/o las que en el futuro la modifiquen.

El menor, en todos los casos, será asistido por el Ministerio Público Fiscal Pupilar de Familia.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8652, ART. 5)

Art. 241 - Tratamiento Especial.

No estarán obligados a comparecer: el Presidente y Vicepresidente de la Nación; los Gobernadores y Vicegobernadores de las Provincias; los Ministros y Legisladores al igual que los Magistrados del Poder Judicial - nacionales y provinciales-; miembros de los Tribunales Militares; los Ministros Diplomáticos y Cónsules Generales; Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas en actividad; los altos dignatarios de las Iglesias legalmente reconocidas por la República Argentina, el Presidente del Tribunal de Cuentas, el Fiscal de Estado, el Asesor de Gobierno y los Directores de la Inspección General de Seguridad.-

Según la importancia que se atribuya al testimonio, estas personas declararán en su residencia oficial o informe por escrito, en el cual expresarán que atestiguan bajo juramento. En el primer caso, no podrán ser interrogados directamente por las partes ni sus defensores.-

Sin embargo, los testigos nombrados podrán renunciar al tratamiento especial.-

(Concs. Art. 228 CPP Cba. -parcial-; Art. 254 -parcial- CPP Mza.; Art. 206 CPP Costa rica -parcial-; Art. 2º Ley 6796)

Art. 242 - Examen en el Domicilio.

Las personas que no puedan concurrir al Tribunal o Fiscalía de Instrucción por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio.

(Concs. Art. 229 CPP Cba.; Art. 255 CPP Mza. -parcial-)

Art. 243 - Falso Testimonio.

Si un testigo incurriere presumiblemente en falso testimonio, se ordenará las copias pertinentes y se las remitirá al Ministerio Público, sin perjuicio de disponerse la detención.

(Concs. Art. 230 CPP Cba.; Art. 256 CPP Mza.)

SECCIÓN SEXTA. PERITOS

Art. 244 - Pericias.

Se podrá ordenar una pericia, aún de oficio, cuando para descubrir o valorar un elemento de prueba fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

(Concs. Art. 231 CPP Cba.; Art. 257 CPP Mza. -parcial-)

Art. 245 - Calidad Habilitante.

Los peritos deberán tener título habilitante en la materia a que pertenezca el punto sobre el que han de expedirse, siempre que la profesión, arte o técnica estén reglamentados. En caso contrario, o cuando no existan peritos diplomados, deberán designarse a personas de conocimiento o práctica reconocidos.

(Concs. Art. 232 CPP Cba.)

Art. 246 - Obligatoriedad del Cargo.

El designado como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del órgano judicial correspondiente al ser notificado de la designación.

(Concs. Art. 233 CPP Cba.; Art. 261 CPP Mza. -parcial-)

Art. 247 - Incapacidad e Incompatibilidad.

No podrán ser peritos: los menores de edad, los insanos, los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o hayan sido llamados como tales, los condenados y los inhabilitados durante el tiempo de la condena o inhabilitación.

(Concs. Art.262 Mza.; 234 CPP Cba. -parcial-)

Art. 248 - Excusación y Recusación.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son causas legales de excusación y recusación de los peritos, las establecidas para los jueces.

El incidente será resuelto por el Tribunal o el Fiscal de Instrucción según corresponda, oído el interesado y previa averiguación sumaria, sin recurso alguno.

(Concs. Art. 235 CPP Cba.; Art. 263 CPP Mza.)

Art. 249 - Nombramiento y Notificación.

Se designará un perito, salvo que se estimare indispensable que sean más. La resolución se notificará al Ministerio Público, cuando corresponda, y a los defensores antes de que se inicien las operaciones, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple. En estos casos, bajo la misma sanción, se les notificará que se realizó la pericia pudiendo las partes, a su costa, y el Ministerio Público, requerir su reproducción cuando fuere posible.

(Concs. Art. 236 CPP Cba.; Art. 259 CPP Mza. -parcial-)

Art. 250 - Peritos de Control.

En el término que se fije al ordenar las notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer a su costa otro perito legalmente habilitado (245 - 247); pero si las partes que ejercieren esta facultad fueren varias, no podrán proponer en total más de dos peritos, salvo que exista conflicto de intereses. En este caso, cada grupo de partes con intereses comunes, podrá proponer hasta dos peritos. Cuando ellas no se pongan de acuerdo, se designará entre los propuestos.

No regirán para los peritos de control los artículos 246 y 248.

(Concs. Art. 237 CPP Cba.)

Art. 251 - Directivas.

El órgano que ordene su realización, formulará las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en que ha de expedirse y, si lo juzgare conveniente, dirigirá personalmente la pericia, asistiendo a las operaciones. Podrá igualmente indicar donde deberá efectuarse aquélla y autorizar al perito para examinar las actuaciones o asistir a determinados actos procesales.

(Concs. Art. 238 CPP Cba.; Art. 264 CPP Mza. -parcial-)

Art. 252 - Conservación de Objetos.

El órgano judicial y los peritos procurarán que las cosas a examinar sean en lo posible conservadas, de modo que la pericia pueda repetirse. Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancias sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar antes de proceder. (Concs. Art. 239 CPP Cba.; Art. 265 CPP Mza. -parcial-)

Art. 253 - Ejecución.

Siempre que sea posible y conveniente, los peritos practicarán en conjunto el examen; deliberarán en sesión secreta, a la que sólo podrá asistir quien la hubiere ordenado; y, si estuvieren de acuerdo, redactarán el dictamen en común; en caso contrario, lo harán por separado.

Los peritos de control no estarán obligados a dictaminar. (Concs. Art. 240 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. -parcial)

Art. 254 - Peritos Nuevos.

Si los informes fueren dubitativos, insuficientes o contradictorios, se podrá nombrar uno o más peritos nuevos, según la importancia del caso, para que los examinen y valoren o, si fuere factible y necesario, realicen otra vez la pericia.

De igual modo podrán actuar los peritos propuestos por las partes, cuando hubieren sido nombrados después de efectuada la pericia.

(Concs. Art. 241 CPP Cba.; Art. 266 CPP Mza. in fine -parcial-)

Art. 255 - Dictamen.

El dictamen pericial podrá expedirse por escrito o hacerse constar en acta, y comprenderá, en cuanto fuere posible:

- 1) La descripción de la persona, cosa o hecho examinado, tal como hubieren sido hallados.
- 2) Una relación detallada de las operaciones que se practicaron y de su resultado.
- 3) Las conclusiones que formulen los peritos, conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica y sus respectivos fundamentos, bajo pena de nulidad.
- 4) La fecha en que la operación se practicó.

(Concs. Art. 242 CPP Cba.; Art. 267 CPP Mza.)

Art. 256 - Necropsia Necesaria.

En caso de muerte violenta o sospechosa de criminalidad se ordenará la necropsia salvo que por la inspección exterior resultare evidente la causa que la produjo.

(Concs. Art. 243 CPP Cba.; Art. 269 CPP Mza.)

Art. 257 - Cotejo de Documentos.

Cuando se trate de examinar o cotejar algún documento, se ordenará la presentación de escrituras de comparación, pudiendo usarse escritos privados si no hubiere dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponerse el secuestro, salvo que su tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo.

También podrá disponerse que alguna de las partes forme cuerpo de escritura. De la negativa se dejará constancia, pero si se tratare del imputado aquella no importará una presunción de culpabilidad.

(Concs. Art. 244 CPP Cba.; Art. 270 CPP Mza. -parcial-)

Art. 258 - Reserva y Sanciones.

El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

El órgano que la hubiere dispuesto podrá corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos, y aún sustituirlos, sin perjuicio de las otras sanciones que puedan corresponder.

(Concs. Art. 245 CPP Cba.; Art. 271 CPP Mza. -parcial-)

Art. 259 - Honorarios.

Los peritos nombrados de oficio o a pedido del Ministerio Público tendrán derecho a cobrar honorarios, a menos que tengan sueldo por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que la pericia requiera.

El perito nombrado a petición de parte podrá cobrarlos siempre, directamente de ésta o del condenado en costas.

(Concs. Art. 246 CPP Cba.; Art. 272 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SÉPTIMA. INTÉRPRETES

Art. 260 - Designación.

Se nombrará un intérprete cuando fuere necesario traducir documentos redactados o declaraciones a producirse en idiomas distintos del nacional.

Durante la investigación penal preparatoria el deponente podrá escribir su declaración, la que se agregará al expediente junto con la traducción.

(Concs. Art. 247 CPP Cba.; Art. 273 CPP Mza. -parcial-)

Art. 261 - Normas Aplicables.

En cuanto a la capacidad para ser intérprete, obligatoriedad del cargo, incompatibilidad, excusación, recusación, facultades y deberes, término, reserva y sanciones disciplinarias, regirán las disposiciones sobre los peritos.

(Concs. Art. 248 CPP Cba.; Art. 274 CPP Mza.)

SECCIÓN OCTAVA. RECONOCIMIENTOS

Art. 262 - Casos.

Podrá ordenarse que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto.

(Concs. Art. 249 CPP Cba.; Art. 275 CPP Mza., Art. 227 CPP C.Rica. -parcial-)

Art. 263 - Interrogatorio Previo.

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlos será interrogado para describa a la persona de que se trata, y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen.

El declarante prestará juramento a excepción del imputado.

(Concs. Art. 250 CPP Cba.; Art. 276 CPP Mza., Art. 228 CCP.C. Rica. -parcial)

Art. 264 - Forma.

Después del interrogatorio se pondrá a la vista del que haya de verificar el reconocimiento, junto con otras personas de condiciones exteriores semejantes, a la que deba ser reconocida, quien elegirá colocación en la rueda.

En presencia de ellas o desde un punto en que no pueda ser visto, según se lo estime oportuno, el deponente manifestará si allí se encuentra la persona a que haya hecho referencia, invitándosele a que en caso afirmativo la designe clara y precisamente.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y domicilio de los que hubieren formado la rueda.

(Concs. Art. 251 CPP Cba.; Art. 277 CPP Mza. -parcial-, Art. 228 CPP C. Rica. -parcial-)

Art. 265 - Pluralidad de reconocimientos

Cuando varias personas deban reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente sin que aquellas se comuniquen entre si, pero podrá labrarse una sola acta. Cuando sean varias las personas a las que una deba identificar, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique la investigación o la defensa.

(Concs. Art. 252 CPP Cba.; Art. 278 CPP Mza. -parcial-; Art. 229 CPP C.Rica)

Art. 266 - Reconocimiento por Fotografía.

Sólo podrá reconocerse fotográficamente a una persona, bajo pena de nulidad, en los siguientes casos:

- 1) Cuando quien deba ser reconocido no estuviere presente y no pudiese ser habido, o cuando no fuere posible el reconocimiento de persona por haberse alterado sus rasgos fisonómicos.
- 2) Cuando el reconociente no tuviere la obligación legal de concurrir (Ley 22.172 artículo 10), o cuando no pudiese hacerlo por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas.

En estos casos y bajo idéntica sanción, se procederá a exhibir la fotografía de la persona a reconocer, junto con otras semejantes de distintas personas de similares características fisonómicas.

(Concs. Art. 253 CPP Cba.; Art. 279 CPP Mza. -parcial-; Art. 230 CPP C.Rica)

Art. 267 - Reconocimiento de Cosas.

Antes del reconocimiento de una cosa, se invitará a la persona que deba verificarlo, a que la describa. En lo demás y en cuanto sea posible, regirán las reglas que anteceden.

(Concs. Art. 254 CPP Cba.; Art. 280 CPP Mza.; Art. 231 CCP. C.Rica)

SECCIÓN NOVENA. CAREOS

Art. 268 - Procedencia.

Podrá ordenarse el careo de personas que sus declaraciones hubieran discrepado sobre hechos o circunstancias importantes; pero el imputado no será obligado a carearse.

Al careo del imputado deberá asistir su defensor, bajo sanción de nulidad.

(Concs. Art. 255 CPP Cba.; Art. 281 CPP Mza. -parcial-; Art. 233 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 269 - Jramento.

Los que hubieren de ser careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado.

(Concs. Art. 256 CPP Cba.; Art. 282 CPP Mza. -parcial-)

Art. 270 - Forma.

El careo podrá verificarse entre dos o más personas. Para efectuarlo se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias. Se llamará la atención a los careados sobre las discrepancias a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra; pero no se hará referencia a las impresiones del Tribunal o del Fiscal de Instrucción acerca de la actitud de los careados.

(Concs. Art. 257 CPP Cba.; Art. 283 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 10. IMPUTACIÓN Y DECLARACIÓN

Art. 271 – Imputación

- Obligaciones para con el imputado.

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye. Si estuviere detenida, a más tardar, en el término de 24 horas desde que fue puesta a su disposición, deberá procederse en tal sentido.

Este plazo podrá prorrogarse por otro tanto cuando el Fiscal de Instrucción no hubiere podido efectuar la imputación o cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor.

Si en el proceso hubiere varios imputados detenidos, dicho término se computará con respecto a la primera imputación, y las otras se realizarán sucesivamente y sin tardanza.

A continuación, se informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, y que puede requerir la presencia de un defensor a los fines del mejor ejercicio de sus derechos. Se labrará acta que suscribirán los presentes dejándose constancia si el imputado y/o su defensor se rehusaren a suscribirla, consignándose el motivo.

En el mismo acto y bajo pena de nulidad el imputado deberá ser informado de lo dispuesto por los artículos 26, 30, 359, 364 y 418.

Deberá permitirse la consulta reservada del imputado con su defensor cuando cualquiera de ellos lo requieran y en cualquier momento del acto.

(Concs. Art. 261 CPP Cba. -parcial-; Art. 294 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 272 - Interrogatorio de Identificación.**

Después de proceder conforme al artículo 317, se invitará al imputado a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo - si lo tuviere -, edad, estado, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilio, principales lugares de residencia anterior, y condiciones de vida; si tiene antecedentes penales - y en su caso -, por qué causa, por qué Tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida; nombre, estado y profesión de los padres.

*Acto seguido el Fiscal ordenará la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona imputada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas.

(SEGUNDO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 17)

(Concs. Art. 260 CPP Cba.; Art. 297 CPP Mza. -parcial-)

"Cuando se tratare de la aplicación del régimen penal de las personas jurídicas privadas, se invitará al representante legal de la misma o a quien tenga poder especial para el caso otorgado con las formalidades que corresponden al tipo de entidad de que se trate a constituir domicilio procesal e informar su denominación o razón social, cumpliéndose con los requisitos contemplados en el artículo 151° del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también, a indicar su domicilio legal y sede social, domicilios sociales y sedes principales de sus negocios anteriores -si los hubo-, si existen antecedentes penales, y en su caso, causa de los mismos, Tribunal interviniente, sentencia recaída y si ella fue cumplida. A los fines de la representación, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 13° y cc de la Ley N° 27.401".
(Segundo párrafo incorporado por Ley 9237)

Art. 273 - Libertad de Declarar.

El imputado podrá declarar o no. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad, ni se ejercerá contra él coacción o amenaza, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda.

(Concs. Art. 259 CPP Cba.; Art. 296 CPP Mza. -parcial-)

Art. 274 - Declaración Sobre el Hecho.

Cuando el imputado manifieste que quiere declarar, se lo invitará a expresar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos, y a indicar las pruebas que estime oportunas. Su declaración se hará constar con sus propias palabras.

Después de esto, se dirigirá al indagado las preguntas que se estime conveniente. El Ministerio Público y el defensor podrán ejercer las facultades que acuerda el artículo 323.

El declarante podrá dictar las respuestas.

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan. (Concs. Art. 262 CPP Cba.; Art. 299 CPP Mza. -parcial-)

Art. 275 - Forma de Interrogatorio.

Las preguntas serán claras y precisas; nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no serán instadas perentoriamente.

(Concs. Art. 263 CPP Cba.; Art. 300 CPP Mza. -parcial-)

Art. 276 - Acta.

Concluida la declaración prestada durante la investigación penal preparatoria, el acta será leída en alta voz por el Secretario, bajo pena de nulidad, y de ello se hará mención, sin perjuicio de que también la lea

el imputado o su defensor. Cuando el declarante quiera añadir o enmendar algo, sus manifestaciones serán consignadas sin alterar lo escrito.

El acta será suscripta por todos los presentes.

Si alguien no pudiere o no quisiere hacerlo, esto se hará constar y no afectará la validez de aquélla.

Para los supuestos de ignorancia del idioma y/o discapacidades se procederá conforme al artículo 237 y concordantes.

(Concs. Art. 264 CPP Cba.; Art. 301 CPP Mza. -parcial-)

Art. 277 - Declaraciones Separadas.

Cuando hubiere varios imputados, sus declaraciones se recibirán separadamente, y se evitará que ellos se comuniquen antes de la recepción de todas.

(Concs. Art. 265 CPP Cba.; Art. 303 CPP Mza.)

Art. 278 - Ampliación de la Declaración.

El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador.

(Concs. Art. 266 CPP Cba.; Art. 304 CPP Mza.)

Art. 279 - Evacuación de Citas.

Se deberán investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado.

(Concs. Art. 267 CPP Cba.; Art. 305 CPP Mza.)

TÍTULO VII. COERCIÓN PERSONAL

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES

Art. 280 - Situación de Libertad.

Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- 2) Fijar y mantener un domicilio.
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

(Concs. Art. 268 CPP Cba.)

Art. 281 - Restricción de la Libertad.

La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos por los incisos 1) y 2) artículo 293.

Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

(Concs. Art. 269 CPP Cba.; Art. 285 CPP Mza.-parcial-)

Art. 282 - Mantenimiento de Libertad.

Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 280, salvo que corresponda la aplicación del artículo 284. Regirá el artículo 290 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (350). La resolución de éste será apelable.

(Concs. Art. 270 CPP Cba.; Art. 284 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. MEDIDAS DE COERCIÓN

Art. 283 - Citación.

La comparecencia del imputado se dispondrá por simple citación, salvo los casos previstos en el artículo siguiente.

Si el citado no se presentare en el término que se fije y no justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

(Concs. Art. 271 CPP Cba.; Art. 287 CPP Mza -parcial-)

***Art. 284 - Detención.**

Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado de la comisión de un hecho punible, el Fiscal ordenará su detención por decreto fundado, siempre que concurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 293. La orden será escrita, contendrá los datos personales del imputado u otros que sirvan para identificarlo y la indicación del hecho que se le atribuye. Deberá ser notificada en el momento de ejecutarse o inmediatamente después.

(Concs. Art. 272 CPP Cba.; Art. 288 CPP Mza.; Art. 237 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 51)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 11)

***Art. 285 - Incomunicación.**

Sólo el Juez podrá decretar la incomunicación del detenido, cuando existan motivos - que se harán constar - para temer que entorpecerá la investigación. La incomunicación no podrá durar más de dos (2) días. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo, se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

También podrá comunicarse con su defensor inmediatamente antes de cualquier acto que requiera su intervención personal, rigiendo en lo pertinente el artículo 131.

(Concs. Art. 273 CPP Cba.; Art. 216 CPP Mza. -parcial-; Art. 261 CPP C. Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 52)

Art. 286 - Arresto.

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en que hubieran intervenido varias personas no fuere posible individualizar a los responsables y a los testigos, y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, se podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí, antes de prestar declaración, y aún ordenar el arresto, si fuere necesario. Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el indispensable para recibir las declaraciones, a lo cual se procederá sin tardanza, y en ningún caso durarán más de 24 horas. Vencido este término podrá ordenarse, si fuere el caso, la detención del presunto culpable.

(Concs. Art. 274 CPP Cba.; Art. 237 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 287 - Aprehensión en Flagrancia.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial tendrán el deber de aprehender a quien sea sorprendido "in fraganti" en la comisión de un delito de acción que merezca pena privativa de libertad.

Tratándose de un delito cuya acción dependa de instancia privada, será informado inmediatamente quien pueda instar, y si éste no presentare la denuncia en el mismo acto, el aprehendido será puesto en libertad.

(Concs. Art. 275 CPP Cba.; Art. 289 CPP Mza. -parcial-; Art. 235 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 288 - Flagrancia.

Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido al intentar su comisión, en el momento de cometerlo o inmediatamente después; mientras es perseguida por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

(Concs. Art. 276 CPP Cba.; Art. 290 CPP Mza.; Art. 235 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 289 - Otros Casos de Aprehensión.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial deberán aprehender, aún sin orden judicial, al que intentare un delito en el momento de disponerse a cometerlo y al que fugare estando legalmente preso. Excepcionalmente podrán también aprehender a la persona que se encuentre en la situación prevista en el Artículo 284, primer párrafo, siempre que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación y al solo efecto de conducirlo de inmediato ante el órgano judicial competente para que decida sobre su detención.

(Concs. Art. 277 CPP Cba.; Art. 291 CPP Mza.-parcial-; Art. 235 C.Rica -parcial-)

Art. 290 - Presentación del Aprehendido.

El oficial o auxiliar de la Policía Judicial que practicare la aprehensión de una persona, deberá presentar inmediatamente a ésta ante la autoridad judicial competente. El cumplimiento de tal obligación podrá ser requerido ante el órgano judicial que corresponda, por las personas enunciadas en el segundo párrafo del artículo 131, las que además podrán solicitar en la misma oportunidad, la libertad del detenido, en caso

de violación de lo dispuesto por los artículos 280 a 291 de este Código por parte de la autoridad policial. En tal caso, el comparendo del detenido no podrá exceder de seis horas de haberse requerido por cualquier medio, aún telefónicamente, a la autoridad policial su presentación. Presentado el detenido, se resolverá de inmediato sobre su libertad (292) aún cuando no existiera constancia de sus antecedentes, evitando en lo posible su detención y sin perjuicio de que su posterior agregación determine la aplicación del artículo 284.

(Concs. Art. 278 CPP Cba.; Art. 292 y 293 CPP Mza.; Art. 235 C.Rica -parcial)

Art. 291 - Aprehensión Privada.

En los casos que prevén los artículos 287 y 289 primera parte, los particulares están autorizados a practicar la aprehensión, debiendo entregar inmediatamente el aprehendido a la autoridad policial.

(Concs. Art. 279 CPP Cba.; Art. 293 CPP Mza.-parcial-)

Art. 292 - Recuperación de la Libertad.

En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando:

- 1) Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (283 - primera parte).
- 2) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código.
- 3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva. 4) Prima facie hubiere actuado justificadamente.

(Concs. Art. 280 CPP Cba.)

***Art. 293 - Procedencia de la Prisión Preventiva.**

Corresponde dictar la prisión preventiva, a pedido del Fiscal, después de efectuada la imputación formal si se diera alguno de los siguientes supuestos:

1) Casos de flagrancia.

Se dispondrá la prisión preventiva cuando prima facie estuviere acreditado el hecho delictivo y la participación en él del imputado sorprendido in fraganti (Art. 288), exista merecimiento de pena privativa de libertad y no aparezca procedente, en principio, la aplicación de condena de ejecución condicional.

2) Casos en que no aparezca procedente la condena condicional.

Cuando se acrediten elementos de convicción suficientes que justifiquen la existencia del hecho delictivo y se pueda sostener como probable la participación punible del imputado, se dispondrá su prisión preventiva cuando resulte imposible obtener una condena de ejecución condicional, en razón de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a- Por la pena en abstracto asignada por la ley al hecho delictivo investigado;
- b- por la reiterancia delictiva que se le atribuya y la pena que se espera como resultado del proceso;
- c- cuando tenga una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del Artículo 50 del Código Penal.

Las disposiciones del presente inciso se establecen en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Provincial.

Exceptúanse de las disposiciones del presente inciso las referidas a la reiteración delictual cuando se imputa delito culposo.

3) Casos de "riesgo procesal".

Solo podrá dictarse la prisión preventiva en la medida que se torne indispensable para los fines que autoriza el presente inciso y por el tiempo necesario para lograrlos, en aquellos casos en que, encontrándose acreditado con elementos de convicción suficientes la existencia del hecho delictivo y la probable participación punible del imputado y, pese a resultar procedente la imposición de una condena de ejecución condicional, la gravedad de las circunstancias, la naturaleza del hecho y las demás condiciones del imputado, torne indispensable la medida cautelar para ejecutar diligencias precisas y determinadas de investigación o para realizar el juicio, o cuando la libertad del imputado sea inconveniente para la seguridad de la víctima o testigos, o exista riesgo de que el imputado no se someterá al proceso, o al cumplimiento de una eventual condena, conforme al enunciado de las disposiciones siguientes, sin perjuicio de otras circunstancias que invocaren las partes y estimare razonable el juez:

a) Peligro de entorpecimiento:

Cuando existiere sospecha de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante:

- 1) la destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación de elementos de prueba;
- 2) inducción, amenaza o coacción a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

b) Peligro para la víctima o testigo:

Se entenderá que la seguridad de la víctima o testigo se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existieren antecedentes o indicios pertinentes que permitiesen presumir que realizará atentados en contra de aquellos, o en contra de sus familias o de sus bienes.

c) Peligro de fuga:

Se entenderá muy especialmente que constituye un peligro de fuga, entre otros:

- 1) la falta de arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, o las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado;
- 2) cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal; y
- 3) el comportamiento del imputado durante el proceso en cuestión, u otro anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que evidencie su voluntad de no someterse a la persecución penal y en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad, domicilio, actividad, trabajo o condición económica.

(Concs. Art. 281 CPP Cba.; Art. 312 CPP Mza - parcial - Art. 239 CPP C. Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7929, ART. 1)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7782, ART. 1)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

*Art. 294 - Procedimiento.

*Formulado el pedido de prisión preventiva vía electrónica, el Secretario o la OGAP fijará inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio, a realizarse en el término de dos (2) días,

debiendo citarse a las partes, y la víctima o en su caso quien pueda constituirse como querellante particular. Las citaciones deberán realizarse en forma telefónica o electrónica, salvo impedimento.

La audiencia deberá tramitar con la presencia del Juez, el Fiscal, el imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de

- inmediación,
- contradicción,
- publicidad,
- celeridad
- mediante la concentración y desformalización.

Escuchado el fundamento del peticionante, se concederá la palabra sucesivamente a los intervinientes según el orden que corresponda para ejercer facultades o derechos. La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que no hubieren sido antes discutidos. Luego se escuchará a la víctima o en su defecto, a quien pueda constituirse en querellante particular y hubiere comparecido y, por último, se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar.

En caso que la presencia simultánea del imputado y la víctima en la sala resulte inconveniente o que pueda implicar algún riesgo o perjuicio sobre el estado emocional de ésta, el Juez, a pedido de la víctima, podrá determinar el alejamiento temporal del imputado y, luego de ser escuchada, ordenará su reingreso haciéndole conocer lo manifestado por aquella.

El imputado o su Defensor, podrán acreditar solamente con los elementos de prueba incorporados o producidos antes de la audiencia, entre otras cuestiones, que no se ha alcanzado el grado de convicción o pronóstico requerido, o la no existencia de peligro procesal y/o que la restricción de la libertad no es absolutamente indispensable (Art. 281), u ofrecer caución suficiente, o que la misma pueda cumplirse en detención domiciliaria (Art. 298).

También podrá acordar con el Fiscal, cauciones o seguridades para que se ordene la libertad, o se disponga la prisión domiciliaria. El juez deberá resolver en forma oral e inmediatamente, quedando en ese acto notificadas las partes. Deberá escrituralizarse el mismo día la parte esencial del auto de prisión preventiva, que deberá contener bajo pena de nulidad: los datos personales del imputado o, si se ignorasen, los que sirvan para identificarlo; somera enunciación del hecho que se le atribuye; exposición muy sucinta de los motivos en que la decisión se funda y la calificación legal, con cita de las disposiciones aplicables.

La resolución denegatoria de la prisión preventiva, será apelable por el Fiscal y el querellante particular. La que disponga la medida de coerción, lo será por el imputado y el Defensor. En ambos casos, el recurso será concedido sólo con efecto devolutivo. El procedimiento previsto en el presente artículo deberá implementarse bajo pena de nulidad en los casos de control jurisdiccional (Art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (Art. 295).

*La apelación tramitará siempre según el legajo digital o por compulsa de las partes pertinentes, sin desplazamiento del expediente y con copia del audio de la audiencia. La audiencia de la apelación procederá en la forma prevista en el presente artículo la que deberá realizarse dentro del plazo de dos (2) días de ingresada la compulsa a la Cámara o la OGAP u Oficina de Apelaciones. Si el Ministerio Público Fiscal no mantiene el recurso deberá hacerlo saber por escrito antes de la audiencia.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 53)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 2)

(Concs. Art. 282 CPP Cba.; Art. 243 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 295 - Cesación de la Prisión Preventiva.**

Se dispondrá fundadamente el cese de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste, que deberá efectivizarse sin más trámite, desde el lugar que se lo notifique, cuando:

1) Nuevos elementos de juicio demostraren que no concurren los motivos exigidos por el Artículo 293. Se entenderá, entre otros, que existen nuevos elementos de juicio cuando el Juez rechazare el procedimiento abreviado o el acuerdo alcanzado por las partes, y la pena solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en el Juicio Abreviado previsto en los Artículos 359 ó 418 del C.P.P., estuviere agotada por el tiempo que lleva el imputado privado de libertad en esa causa.

2) Se estimare prima facie, que en caso de condena al imputado no se lo privará de su libertad por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del Artículo 13 del Código Penal.

3) De acuerdo a la pena impuesta en la sentencia y antes que quede firme, se considere prima facie, que oportunamente podría concedérsele la libertad condicional, previo informe que acredite haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. Cuando la pena supere los tres (3) años de prisión, deberá requerirse además, informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, según establece el Artículo 13 del Código Penal. El imputado siempre será en estos casos, sometido al cuidado o vigilancia prevista en el Artículo 280 del C.P.P., hasta que el Juez de Ejecución transforme la medida en libertad condicional o la deje sin efecto.

4) La duración de la prisión preventiva excediere de dos (2) años, sin que se haya dictado sentencia. Cuando en razón de la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad o difícil investigación de la causa, haya impedido llegar al dictado de la sentencia en el plazo indicado, a pedido del Fiscal o del querellante particular este término podrá prorrogarse:

a) Durante la investigación penal preparatoria por el Juez de Garantías hasta por seis (6) meses más.

b) En la etapa del juicio por la Cámara del Crimen hasta completar un plazo máximo de privación de la libertad en la causa de tres (3) años. No obstante los plazos, el Ministerio Público Fiscal o el querellante particular podrán oponerse a la libertad del imputado con la finalidad de iniciar el debate dentro del término previsto en el párrafo primero del Art. 371 y/o concluir el iniciado, fundado en la especial gravedad del delito o delitos atribuidos, o cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el inc. 3 del Art. 293, o cuando existieren articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

5) La duración excediere de tres (3) meses cuando se aplica el procedimiento de flagrancia previsto por los Arts. 439 bis, ter y quater del C.P.P., sin que se haya dictado la sentencia; a pedido del Fiscal, el Juez de Flagrancia podrá prorrogar hasta por otros tres (3) meses el plazo mediante resolución fundada.

*6) La duración excediere de nueve (9) meses sin que se haya dictado el fallo del recurso extraordinario interpuesto contra sentencia no firme, contados desde la fecha de ingreso en la Mesa de Entradas de la Suprema Corte. El Procurador podrá solicitar la prórroga del plazo hasta por seis (6) meses motivado por la cantidad de delitos atribuidos y la evidente complejidad del caso o la dificultad para poder resolver en atención a los planteos formulados y la Sala Penal podrá hacer lugar.

(Conc. Art. 283 CPP Cba.; Art. 257 CPP Costa Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 54)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 3)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 296 - Revocación.

El cese de la prisión preventiva, será revocable cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas por el artículo 280, realice preparativos de fuga, o nuevas circunstancias exijan su detención. En los mismos casos procederá la revocación de la libertad recuperada con arreglo al artículo 292, si concurrieran los extremos previstos en el primer párrafo del artículo 293.

(Concs. Art. 284 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica- parcial -)

Art. 297 - Tratamiento de Presos.

Salvo lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de penados; se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les impute; podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten al régimen carcelario; recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley. Cuando se trate de personal perteneciente a las fuerzas de seguridad, podrá establecerse su alojamiento en establecimientos de las mismas, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos de ley y reglamentarios tanto para la seguridad como para el ejercicio de sus derechos, a juicio del Magistrado interviniente.

(Concs. Art. 285 CPP Cba.; Art. 313 CPP Mza - parcial-)

Art. 298 - Detención Domiciliaria

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita libertad locomotiva, el Fiscal de Instrucción o el Tribunal, impondrá tales alternativas en lugar de la detención, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime pertinentes, conforme al artículo 280. El imputado, por ningún motivo o circunstancia podrá abandonar el domicilio que fije. Excepcionalmente, el órgano interviniente podrá autorizar fundadamente el abandono transitorio del domicilio. En ese caso, deberá tomar los recaudos necesarios para evitar cualquier peligro de fuga, debiendo siempre constatar el retorno del imputado al domicilio fijado.

El incumplimiento de cualquiera de las condiciones impuestas será causal suficiente para la revocación del presente beneficio.

(Concs. Art. 286 CPP Cba.; Art. 314 CPP Mza. -parcial-; Art. 260 y 244 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 299 - Internación Provisional.

Si fuere presumible, previo dictamen de dos peritos, que el imputado padecía en el momento del hecho de alguna enfermedad mental que lo hace inimputable, el Juez, a requerimiento del Fiscal de Instrucción o de oficio, podrá ordenar provisionalmente su internación en un establecimiento especial.

(Concs. Art. 287 CPP Cba.; Art. 262 CPP C.Rica - parcial; Art. 316 CPP Mza - parcial-)

Art. 300 - Caución. Objeto.

Se impondrá al imputado una caución juratoria, personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones (280).

(Concs. Art. 288 CPP Cba.; Art. 250 CPP C.Rica- parcial-; Art. 320 CPP Mza - parcial-)

Art. 301 - Determinación de la Caución.

Para determinar la calidad y cantidad de la caución se tendrá en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiere ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado.

(Concs. Art. 289 CPP Cba.; Art. 321 CPP Mza -parcial-; art 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 302 - Caución Personal.

La caución personal consistirá en la obligación que el imputado asuma junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije.

(Concs. Art. 290 CPP Cba.; Art. 323 CPP Mza; Art. 250 CPP C. Rica -parcial-)

Art. 303 - Capacidad y Solvencia del Fiador.

Podrá ser fiador el que tenga capacidad para contratar y acredite solvencia suficiente. Nadie podrá tener otorgadas y subsistentes más de seis fianzas.

(Concs. Art. 291 CPP Cba.; Art. 324 CPP Mza - parcial -; Art. 250 CPP C. Rica - parcial-)

***Art. 304 - Caución Real.**

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución. De la caución real ofrecida, deberá dar vista a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y a la Dirección General de Rentas de la Provincia, para verificar la legalidad del origen de la misma. (Concs. Art. 292 CPP Cba.; Art. 325 CPP Mza -parcial-; Art. 250 CPP C.Rica - parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8588, ART. 1)

Art. 305 - Forma de Caución.

Las cauciones se otorgarán en actas que serán suscritas ante el Secretario y se inscribirán de acuerdo a las leyes registrales.(Concs. Art. 293 CPP Cba.; Art. 229 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 306 - Domicilio y Notificaciones.

El imputado y su fiador deberán fijar domicilio especial en el acto en que se presta la caución. El fiador será notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado.

(Concs. Art. 294 CPP Cba.; Art.330 CPP Mza - parcial -; Art. 255 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 307 - Cancelación de las Cauciones.

Se ordenará la cancelación y las garantías serán restituidas en los siguientes casos:

- 1) Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuere constituido en prisión dentro del término que se le acordó.
- 2) Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.
- 3) Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado.

(Concs. Art. 295 CPP Cba.; Art. 333 CPP Mza -parcial-; Art. 254 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 308 - Sustitución.

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También podrá sustituirse la caución real.

(Concs. Art. 296 CPP Cba.; Art. 254 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 309 - Presunción de Fuga.

Si el fiador temiere fundadamente la fuga del imputado, deberá comunicarlo enseguida al Tribunal o Fiscal que corresponda, y quedará liberado si aquél fuere detenido. Pero si resultare falso el hecho en que se basó la sospecha, se impondrá al fiador una multa de hasta mil quinientos pesos (conforme Ley N° 23928) y la caución quedará subsistente.

(Concs. Art. 297 CPP Cba.; Art. 335 CPP Mza- parcial-)

Art. 310 - Emplazamiento.

Si el imputado no compareciere al ser citado o se sustrajere a la ejecución de la pena privativa de la libertad, se fijará un término no mayor de diez días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al fiador y al imputado apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciere o no justificare un caso de fuerza mayor que lo impida.

(Concs. Art. 298 CPP Cba.; Art. 336 CPP Mza - parcial-; Art. 252 CPP C. Rica - parcial-)

Art. 311 - Efectividad de la Caución.

Al vencimiento del término previsto por el artículo anterior, se dispondrá, según el caso, la ejecución del fiador, la transferencia al Estado de los bienes que se depositaron en caución, o la venta en remate público de los bienes hipotecados o prendados. Regirá para ello el Código Procesal Civil. El producido de la venta de los bienes se destinará al Poder Judicial para la ampliación y/o mantenimiento de su biblioteca.

(Concs. Art. 299 CPP Cba.; Art. 337 CPP Mza -parcial-; Art.252 CPP C. Rica)

CAPÍTULO 3. INDEMNIZACIÓN

Art. 312 - Procedencia.

Si al disponerse el sobreseimiento o la absolución del imputado, éste entendiere que fue privado arbitrariamente de su libertad, podrá reclamar en el fuero civil la indemnización que estime corresponder conforme a la legislación sustantiva.

(Concs. Art. 300 CPP Cba.; Art. 271 CPP C. Rica - parcial-)

LIBRO SEGUNDO. INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

TÍTULO I. PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

***Art. 313 - Procedencia y Titularidad.**

Los delitos de acción pública dolosos y culposos, sancionados con pena mayor a tres años serán investigados con arreglo a las disposiciones del presente Título. La investigación penal preparatoria será practicada por el Fiscal de Instrucción.

(TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 8)

(Concs. Art. 301 CPP Cba.)

***Art. 313 bis** - Los delitos de acción pública dolosos y culposos que estuvieren reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años con multa y/o inhabilitación serán investigados con arreglo al procedimiento correccional previsto en el Libro Tercero, Título II, Capítulo 1.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 8929, ART. 9)

Art. 314 - Finalidad.

La investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento.

(Concs. Art. 302 CPP Cba.; arts. 274, 275 y 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 315 - Objeto.

La investigación penal tendrá por objeto:

- 1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad.
- 2) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad.
- 3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores.
- 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad.
- 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se hubiera ejercido la acción resarcitoria.

(Concs. Art. 303 CPP Cba.; Art. 277 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 316 - Investigación Directa.

Los órganos de la investigación penal deberán proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos delictivos que aparezcan cometidos en la ciudad de su asiento. Del mismo modo procederá con respecto a los delitos graves que aparezcan perpetrados fuera de dicha ciudad pero en su circunscripción.

Cuando sea necesario practicar diligencias fuera de la circunscripción, podrá actuarse personalmente o encomendarlas al órgano que corresponda.

(Concs. Art. 304 CPP Cba.)

Art. 317 - Defensor y Domicilio.

En la primera oportunidad, y si el imputado hubiese manifestado su voluntad de declarar, se lo invitará a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, se procederá conforme al artículo 134.

La inobservancia de este precepto producirá la nulidad de los actos que menciona el artículo 320.

En el mismo acto, el imputado que esté en libertad deberá fijar domicilio.

(Concs. Art. 305 CPP Cba.; Art. 93, Art. 100 - parcial- CPP C.Rica)

"En el caso de las personas jurídicas privadas imputadas de los delitos previstos en artículo 1° de la Ley N° 27.401, deberá procederse de conformidad a lo establecido en el artículo 13° de la citada ley en lo relativo a la designación de abogado defensor". (Ley 9237)

***Art. 318 - Declaración informativa.**

Cuando no concurren las exigencias previstas en el Artículo 271, el Fiscal podrá igualmente llamar a una persona, sin imputarla, para interrogarla sobre los hechos investigados. Su declaración en tal caso será sólo informativa. Mientras tal situación se mantenga no podrán imponérsele medidas coercitivas que no sean las previstas en el Artículo 280, a excepción de su inc. 1), las que no podrán exceder de un (1) año.

Deberá hacérsele saber, previo a todo, y bajo pena de nulidad, que puede abstenerse de prestar declaración y proponer abogado defensor. De todo ello se dejará constancia en el acta respectiva.

(Concs. Art. 306 CPP Cba.; arts. 91 y 95 CPP C.Rica - parcial -Art. 206 Anteproyecto Sosa Arditti -parcial- Art. 6 Ley 13911)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 12)

Art. 319 - Identificación y Antecedentes.

Efectuada la imputación se remitirá a la oficina respectiva los datos personales del imputado y se ordenará que se proceda a su identificación. La oficina remitirá en triple ejemplar la planilla que se confeccione, uno se agregará al expediente y los otros se utilizarán para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley Nacional 22.117.

(Concs. Art. 307 CPP Cba.; Art. 94 CPP C.Rica)

Art. 320 - Derecho de Asistencia y Facultad Judicial.

Los defensores de las partes tendrán derecho de asistir a los registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, salvo lo dispuesto por el Artículo 211, siempre que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproductibles.

Asimismo, podrán asistir a la declaración de los testigos que por enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista el peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración.

Se podrá permitir la asistencia del imputado o del ofendido, cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto.

Las partes podrán asistir a los registros domiciliarios.

(Concs. Art. 308 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica - parcial-)

Art. 321 - Notificación. Casos Urgentísimos.

Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto, el registro domiciliario, se dispondrá bajo pena de nulidad, que sean notificados los defensores. La diligencia se practicará en la oportunidad establecida aunque no asistan. Sin embargo, se podrá proceder sin notificación o antes de la oportunidad fijada, cuando el acto sea de suma urgencia o no se conozcan, antes de las declaraciones mencionadas en el artículo anterior, la enfermedad o el impedimento del testigo. En el primer caso se dejará constancia de los motivos, bajo pena de nulidad, y en el segundo, se designará de oficio a un Defensor, quien deberá concurrir al acto, bajo la misma sanción.

(Concs. Art. 309 CPP Cba.; arts. 101 y 294 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 322 - Posibilidad de Asistencia.

Se permitirá que los defensores asistan a los demás actos de investigación, salvo lo previsto por el artículo 272, siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación.

La resolución no será recurrible.

Admitida la asistencia se avisará verbalmente a los defensores, sin retardar el trámite en lo posible. En todo caso se dejará constancia.

(Concs. Art. 310 CPP Cba.; Art. 101 CPP C.Rica)

Art. 323 - Deberes y Facultades de los Asistentes.

Los defensores que asistan a los actos de investigación no podrán hacer signos de aprobación o desaprobación y en ningún caso tomarán la palabra sin expresa autorización del órgano competente, a quien deberán dirigirse cuando el permiso les fuese concedido; podrán proponer medidas, formular preguntas, hacer las observaciones que estimen convenientes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad. La resolución no será recurrible.

(Concs. Art. 311 CPP Cba.; Art. 214 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 324 - Compulsa de las actuaciones.**

El sumario o legajo podrá ser examinado por las partes desde la imputación formal, salvo que el fiscal determinare el secreto de las actuaciones, el que no podrá exceder de diez (10) días, prorrogables por el Juez de Garantías por el mismo plazo.

Si no existiere imputación formal, sólo podrá ser examinado por el querellante particular, y por el citado y su defensa en el caso del Artículo 318.

La reserva de las actuaciones no podrá exceder el plazo de un (1) mes. En causas correccionales no habrá reserva de actuaciones.

Los abogados, con los límites precedentemente expuestos, tendrán acceso y libertad de compulsas con la sola exhibición de la credencial profesional. La negativa a exhibir las actuaciones, fundada en cuestiones administrativas, será considerada falta grave para el funcionario que la realice o consienta y para el Fiscal a cargo.

(Concs. Art. 312 CPP Cba.; Art. 215 CPP Mza. ; Ley 6408).

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 13)

(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 325 - Actuaciones.

Las diligencias del sumario se harán constar en actas que el Secretario extenderá y compilará conforme a lo dispuesto en el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero.

(Concs. Art. 313 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. DENUNCIA

Art. 326 - Facultad de Denuncia.

Toda persona que tenga noticia de un delito perseguible de oficio podrá denunciarlo al Fiscal de Instrucción o a la Policía Judicial. Cuando la acción penal dependa de instancia privada, sólo podrá denunciar quien tenga facultad para instar.

(Concs. Art. 314 CPP Cba.; Art. 278 CPP C.Rica; Art. 179 CPP Mza -parcial-)

Art. 327 - Forma.

La denuncia podrá presentarse en forma escrita o verbal, personalmente o por mandatario especial. En el último caso deberá acompañarse el poder.

La denuncia escrita será firmada ante el funcionario que la reciba.

Cuando sea verbal, se extenderá un acta de acuerdo con el Capítulo 2, Título VI del Libro Primero. En ambos casos, el funcionario comprobará y hará constar la identidad del denunciante.

(Concs. Art. 315 CPP Cba.; Art. 279 CPP C.Rica; Art. 180 CPP Mza - parcial-)

Art. 328 - Contenido.

La denuncia deberá contener, en cuanto fuere posible, la relación circunstanciada del hecho, con indicación de sus partícipes, damnificados, testigos y demás elementos que puedan conducir a su comprobación y calificación legal. Cuando la denuncia fuere formulada por el titular de la acción civil, podrá contener también la manifestación prevista en el inciso a) del artículo 34.

(Concs. Art. 316 CPP Cba.; Art. 280 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 329 - Obligación de Denuncia. Excepción.

Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.
- 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por ley bajo el amparo del secreto profesional. Nadie podrá formular denuncia contra su cónyuge, ascendiente,

descendiente, o hermano, salvo que el delito sea ejecutado en su perjuicio o contra una persona cuyo parentesco con él sea igual o más próximo al que lo liga con el denunciado.

(Concs. Art. 317 CPP Cba.; arts. 183 y 184 CPP Mza.; Art. 281 CPP Costa Rica -parcial-)

Art. 330 - Responsabilidad y protección del Denunciante.

El denunciante no será parte del proceso, no incurrirá en responsabilidad alguna, excepto los casos de falsedad o calumnia. Tendrá derecho a su pedido a que se disponga el resguardo de su identificación, hasta tanto la defensa del imputado solicite la necesidad de su revelación y el Magistrado interviniente lo considerase conveniente.

Tendrá derecho también de solicitar la protección de su persona, familia y/o bienes.

(Concs. Art. 318 CPP Cba.)

Art. 331 - Denuncia ante el Fiscal de Instrucción.

En la investigación penal preparatoria, el Fiscal que reciba la denuncia actuará de inmediato. Al avocarse determinará los hechos y su calificación legal.

(Concs. Art. 319 CPP Cba. -parcial-)

Art. 332 - Denuncia ante la Policía Judicial.

Cuando la denuncia fuere presentada ante la Policía Judicial, ésta actuará con arreglo a los artículos 336 y 338.

(Concs. Art. 320 CPP Cba.; Art. 194 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

Art. 333 - Función.

La Policía Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. Si el delito fuere de acción pública dependiente de instancia privada, sólo deberá proceder cuando reciba la denuncia prevista por el artículo 9.

(Concs. Art. 321 CPP Cba.; arts. 283 y 285 CPP C.Rica -parcial-; Art. 189 CPP Mza -parcial-)

Art. 334 - Composición.

Serán oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los funcionarios y empleados a los cuales la ley acuerde tal carácter. Serán considerados también oficiales y auxiliares de la Policía Judicial los de la Policía Administrativa, cuando cumplan las funciones que este Código establece. La Policía Administrativa actuará como Policía Judicial hasta tanto sea puesta en funcionamiento la Policía Judicial, o cuando existiendo la misma, no pueda hacerlo inmediatamente. Desde que la Policía Judicial intervenga, la Policía Administrativa, será su auxiliar.

(Concs. Art. 322 CPP Cba.; Art. 284 CPP C.Rica -parcial-; Art. 190 CPP Mza -parcial-)

***Art. 335 - Subordinación.**

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial serán nombrados y removidos conforme a lo dispuesto por las Leyes de Policía o las que las sustituyan. Cumplirán sus funciones bajo la superintendencia directa del Ministerio Público y deberán ejecutar las órdenes que les impartan los Jueces, Fiscales y Ayudantes Fiscales. *Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, en cuanto cumplan actos de Policía Judicial, estarán en cada caso bajo la autoridad de los Jueces y Fiscales, sin perjuicio de la autoridad general administrativa a que estén sometidos.

(Concs. Art. 323 CPP Cba.)

(#NDR.: El tercer párrafo de este artículo se intentó modificar por la Ley 7282, art. 3. De su lectura se desprende que la modificación propuesta por esta norma no altera en nada la redacción original del texto de este artículo.)

***Art. 336 – Atribuciones policía judicial**

La Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

1) Recibir denuncias.

*2) Cuidar que el cuerpo, instrumentos, efectos y rastros del delito sean conservados, mediante los resguardos correspondientes, hasta que llegue al lugar la autoridad judicial correspondiente, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

*3) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica, excepto en los accidentes viales donde se aplica la Ley de Seguridad Vial.

(TEXTO SEGUN LEY 9024, ART. 138)

4) Proceder a los allanamientos del artículo 219, a las requisas urgentes con arreglo al 222 y a los secuestros impostergables.

5) Si fuera indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 286.

6) Interrogar sumariamente a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.

7) Citar y aprehender al presunto culpable en los casos y forma que este Código autoriza.

8) Recibir declaración al imputado, sólo si éste lo pidiera, en las formas y con las garantías que establecen los artículos 271 y ss.

9) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

(Concs. Art. 324 CPP Cba.; Art. 286 CPP C.Rica; Art. 192 CPP Mza -parcial-)

Art. 337 - Prohibiciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial no podrán abrir la correspondencia que resguarden o hubieran secuestrado por orden de autoridad judicial competente, sino que la remitirán intacta a ésta. Sin embargo, en los casos urgentes podrán ocurrir a las más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno. Tampoco podrán difundir a los medios de prensa los nombres y fotografías de las personas investigadas como participantes de un hecho, salvo que mediare expresa autorización del órgano judicial competente (Concs. Art. 325 CPP Cba.)

Art. 338 - Comunicación y Procedimiento.

Los oficiales de la Policía Judicial comunicarán inmediatamente al Fiscal de Instrucción todos los delitos que llegaren a su conocimiento y practicarán los actos urgentes que la ley autoriza y los que aquél les ordenare, observando las normas que este Código establece. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 290, las actuaciones y las cosas secuestradas serán remitidas al Fiscal de Instrucción o al Juez de Paz, dentro del plazo de tres días de iniciada la investigación; pero dichos funcionarios podrán prorrogarlo por otro tanto cuando aquélla sea compleja o existan obstáculos insalvables.

(Concs. Art. 326 CPP Cba.; Art. 288 CPP C.Rica -parcial-; Art. 194 CPP Mza -parcial-)

Art. 339 - Sanciones.

Los oficiales y auxiliares de la Policía Judicial que violen disposiciones legales o reglamentarias, que omitan o retarden la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplan negligentemente serán sancionados por los tribunales o el Ministerio Público, previo informe del interesado, con apercibimiento o multa de hasta mil quinientos pesos (cfr. Ley 23928), sin perjuicio de la suspensión hasta por treinta días, cesantía o exoneración que pueda disponer la Suprema Corte de Justicia y de la responsabilidad penal que corresponda. Los oficiales y agentes de la Policía Administrativa, podrán ser objeto de las mismas sanciones; pero la suspensión, cesantía o exoneración de ellos sólo podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 196 CPP Mza)

CAPÍTULO 4. INVESTIGACIÓN FISCAL

Art. 340 - Forma.

El Fiscal de Instrucción procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para reunir elementos que servirán de base a sus requerimientos. Estos podrán fundamentarse en los actos practicados por la Policía Judicial dentro de sus facultades legales, y lo dispuesto por el artículo 271 en lo pertinente y 318.

(Concs. Art. 327 CPP Cba.; Art. 274 CPP C.Rica -parcial-; Art. 208 CPP Mza -parcial-)

Art. 341 - Facultades.

El Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda.

(Concs. Art. 329 CPP Cba.; Art. 290 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 341 bis - Los ayudantes Fiscales tienen las siguientes funciones:**

- a) Informar al Fiscal de Instrucción de todos los hechos delictivos cometidos en el ámbito de su actuación.
- b) Practicar los actos de investigación que les ordene el Fiscal de Instrucción de conformidad a las normas del Código Procesal Penal, ejecutando y haciendo ejecutar las instrucciones que a ese fin les impartan sus superiores. En caso de urgencia podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles, con arreglo al Código Procesal Penal.
- c) Controlar la observancia de las normas constitucionales y legales relativas a los derechos y garantías de los imputados y de toda otra persona involucrada en la investigación, debiendo informar inmediatamente al Fiscal de Instrucción en caso de que los mismos fuesen vulnerados.
- d) Brindar atención e información a los letrados, con arreglo a la ley.

*e) Podrán ejercer la acción penal delegada, cumpliendo las instrucciones generales y particulares que les impartan sus superiores, en los siguientes casos:

- 1) Para realizar determinados actos de investigación en una causa.
- 2) Para la selección inicial de las causas y su distribución.
- 3) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en cualquier audiencia oral, durante la investigación penal preparatoria o en la etapa de juicio.
- 4) Actuar en representación del Ministerio Público Fiscal en debate correccional o de Cámara, y en el procedimiento de flagrancia.
- 5) Los Ayudantes Fiscales especialmente asignados por la Procuración General, practicarán la información sumaria prevista en el Artículo 417 de la presente Ley, interviniendo en todas las audiencias orales que se realicen, conforme las directivas y por delegación del Fiscal de Instrucción.

(TEXTO INC E MODIFICADO POR LEY 8929, ART. 16)

(HIS.: TEXTO INC E INCORPORADO POR LEY 8896, ART. 14)

(HIS.: TEXTO INCORPORADO POR LEY 7282, ART. 1)

Art. 342 - Actos Definitivos e Irreproducibles.

Cuando deba practicar actos que por su naturaleza y características fuesen definitivos e irreproducibles, el Fiscal procederá conforme a los artículos 320 y 321.

(Concs. Art. 330 CPP Cba.; Art. 276 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 343 - Defensor.

El Fiscal de Instrucción proveerá a la defensa del imputado con arreglo a los artículos 134 y 317.

(Concs. Art. 331 CPP Cba.; Art. 100 -Art. 101 y conc.CPP C.Rica -parcial-; Art. 209 CPP Mza -parcial-)

Art. 344 - Situación del Imputado.

En el ejercicio de su función, el Fiscal de Instrucción podrá citar, privar y acordar la libertad del imputado, y recibirle la declaración si lo requiriese el mismo, conforme a lo previsto en los artículos 283, 284, 292, 293, 295, 296 y 271.

(Concs. Art. 332 CPP Cba.)

***Art. 345 - Control Jurisdiccional.**

En cualquier momento, sólo el imputado o su defensa, podrán solicitar el control jurisdiccional de la privación de la libertad y la aplicación de los Artículos 281, 292 y 295, directamente ante el Juez de Garantías, quien deberá seguir el procedimiento previsto por el Art. 294, bajo pena de nulidad. La resolución será apelable por el Fiscal, el querellante particular, el imputado y su defensor, sin efecto suspensivo y deberá seguirse el procedimiento previsto en el último párrafo del Art. 294, bajo pena de nulidad.

(Concs. Art. 333 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 4)(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 346 - Archivo.**

Cuando no se pueda proceder o el hecho no encuadre en una figura penal el fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones por decreto fundado.

El querellante podrá oponerse ante el Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral. De prosperar la oposición dispondrá continuar la investigación por otro fiscal. El rechazo será apelable.

Mientras no se encuentre prescripta la acción penal, nuevos elementos de prueba justificarán la reapertura de la causa.

(Concs. Art. 334 CPP Cba.; Art. 206 CPP Mza -parcial-)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 15)(HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 347 - Proposición de Diligencias.**

Las partes podrán proponer diligencias, las que serán practicadas salvo que el Fiscal no las considere pertinentes y útiles; si las rechazara, podrán ocurrir ante el Juez de Instrucción en el término de tres días. El Juez resolverá en igual plazo.

(Concs. Art. 335 CPP Cba.; art 292 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 348 - Pedido de la Prisión Preventiva.**

*En el término fatal de diez (10) días a contar desde la imputación formal del detenido, el Fiscal deberá requerir vía electrónica al Secretario del Juzgado o a la OGAP se fije audiencia para tramitar el pedido de prisión preventiva, el que deberá contener: 1) la individualización de la causa; 2) las condiciones personales del imputado y otros datos que sirvan para identificarlo; 3) las condiciones personales de las partes; 4) la enunciación del hecho y su calificación legal; y 5) la fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

*Cuando la cantidad de delitos atribuidos o complejidad o la difícil investigación lo justifiquen podrá el Fiscal solicitar la ampliación del término antes del vencimiento, el que deberá resolverse en el plazo fatal de un (1) día, pudiendo prorrogarlo hasta por otros diez (10) días. La resolución es inapelable.

En el procedimiento especial de flagrancia previsto en los Arts. 439 bis, ter y quater, el Fiscal deberá solicitar la prisión preventiva en la primera audiencia cuando se opta por el procedimiento directísimo, que nunca podrá ser superior al plazo fatal de diez (10) días, término que no podrá prorrogarse.

Desde el pedido hasta la resolución, de la prórroga prevista en el párrafo primero, del control jurisdiccional y la apelación de dicho control, quedan suspendidos automáticamente los términos previstos en el presente artículo.

(Concs. Art. 336 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 55)(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8869, ART. 5) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR"JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 349 - Duración.**

La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271. Si resultare insuficiente, el Fiscal podrá solicitar prórroga al Juez de Instrucción, quien podrá acordarla por otro tanto, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá concederse hasta doce meses más.

(Concs. Art. 337 CPP Cba.) (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 350 - Oposición. Trámite.**

En los casos que la ley autoriza la oposición a una resolución o al requerimiento del Fiscal, ésta se deducirá ante quien la dictó en el término de tres (3) días, salvo que se establezca otro trámite. De inmediato se elevará al Juez de Garantías, quien resolverá en audiencia oral según el trámite del Artículo 362. En ningún caso se prorrogarán o suspenderán los actos urgentes de investigación.

(Concs. Art. 338 CPP Cba.)(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 16) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

TÍTULO II. SOBRESEIMIENTO

***Art. 351 - Facultad de Sobreseer.**

El sobreseimiento total o parcial podrá ser dictado durante la investigación cuando se hubiera procedido a efectuar formalmente la imputación conforme al Artículo 271, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 373.

En el supuesto previsto en el Artículo 353 inciso 4, el sobreseimiento procederá, aún a petición de parte, en cualquier estado del proceso.

Durante la investigación fiscal, será requerido por el Fiscal en forma fundada.

(Concs. Art. 348 CPP Cba.; Art. 341 CPP Mza.) (TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 17)

Art. 352 - Valor.

El sobreseimiento cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta.

(Concs. Art. 349 CPP Cba.; Art. 342 CPP Mza.)

***Art. 353 - Procedencia.**

El sobreseimiento procederá cuando:

- 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado.
- 2) El hecho no encuadre en una figura penal.
- 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.
- 4) La pretensión penal se ha extinguido.

5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas.

6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido. Art. 5 (armonía social) Art. 59 inciso 6° CP

7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27.

8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

10) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

(Concs. Art. 350 CPP Cba.; Art. 343 CPP Mza., Art. 311 CPP C.Rica -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 18)

11) Al aplicarse el régimen penal de las personas jurídicas privadas se cumplan con los requisitos establecidos en la Ley N° 27.401, además de los previstos en el presente artículo". (Ley 9237)

Art. 354 - Forma y Fundamento.

El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior.

(Concs. Art. 351 CPP Cba.; Art. 344 CPP Mza.; Art. 312 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 355 - Apelación.**

La sentencia de sobreseimiento será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público y por el querellante particular.

Podrá recurrir también el imputado, cuando no se haya observado el orden que establece el Artículo 353 o cuando se le imponga una medida de seguridad.

(Concs. Art. 352 CPP Cba.; Art. 345 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 19)

Art. 356 - Efecto.

Dictado el sobreseimiento, se ordenará la libertad del imputado que estuviere detenido, se despacharán las comunicaciones al Registro Nacional de Reincidencia y, si fuere total, se archivarán el expediente y las piezas de convicción que no corresponda restituir.

(Concs. Art. 353 CPP Cba.; Art. 348 CPP Mza.; Art. 313 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. CLAUSURA

Art. 357 - Procedencia.

El Fiscal de Instrucción requerirá la citación a juicio cuando, estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado. Caso contrario, procederá con arreglo al artículo 351.

(Concs. Art. 354 CPP Cba.)

Art. 358 - Contenido de la Acusación.

El requerimiento fiscal deberá contener - bajo pena de nulidad - los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho; los fundamentos de la acusación; y la calificación legal.

(Concs. Art. 355 CPP Cba.; Art. 367 CPP Mza. -parcial-)

***Art. 359 - Juicio Abreviado Inicial.**

Desde la oportunidad prevista en el primer párrafo del artículo 290, hasta la clausura de la investigación penal preparatoria, el imputado en presencia de su defensor, podrá solicitar la realización del juicio abreviado sobre el hecho que motivó su aprehensión. Siempre que estuviere de acuerdo el Fiscal de Instrucción con la petición expresada, una vez formulada la imputación, la que se podrá basar en la aprehensión en flagrancia, la confesión del imputado, y en los elementos de prueba que existieren, se realizará el juicio de conformidad al trámite previsto por los artículos 419 y 420.

El Juez de Instrucción, previo a requerir la confesión circunstanciada del imputado, o la aceptación de la imputación, que es reformable, le hará conocer sus derechos y los alcances del acuerdo logrado. El Juez de Instrucción fundará la sentencia en los elementos de prueba reunidos. No se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Si el Juez de Instrucción, no presta conformidad al procedimiento o acuerdo alcanzado, o si habilitado el mismo el imputado se retracta, se remitirán nuevamente las actuaciones al Fiscal de Instrucción conforme al artículo 420. De haber mediado confesión del imputado no podrá ser tenida en cuenta a ningún efecto y se desglosará.

(Concs. Art. 356 -parcial., 419 y 420 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 360 - Instancias.**

Las conclusiones del requerimiento fiscal serán notificadas al defensor del imputado quien podrá, en el término de cinco días, oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal.

(Concs. Art. 357 CPP Cba.; Art. 364 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 24)

***Art. 361 - Elevación a Juicio.**

El Juez resolverá en audiencia oral la oposición. Si no hiciere lugar ordenará la elevación de la acusación fiscal. Si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa, ordenará la elevación con dicha calificación. Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse respecto de todos aunque el derecho que acuerda el Artículo 360 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno.

Cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por el fiscal al tribunal de juicio.

(Concs. Art. 358 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 20)

***Art. 362 - De las audiencias orales.**

Para la decisión de todo criterio de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial durante la investigación Penal Preparatoria, se resolverá por el Juez en una audiencia oral y continua. Se fijará dentro de los dos (2) días de solicitada, y será pública, salvo excepción fundada, la que deberá ser notificada.

El Juez dirigirá la audiencia, adoptando las medidas pertinentes al efecto. Luego de declarar abierta la misma, otorgará en primer lugar la palabra al peticionante o incidentante para que exponga en forma sucinta su pedido, fundándolo en hechos y derecho. No se permitirá la lectura de memoriales. Posteriormente otorgará el uso de la palabra a las demás partes concurrentes, quienes expondrán sobre la cuestión planteada. El Juez procurará evitar dilaciones innecesarias y la adición de puntos extraños al planteo originario.

Resolverá las cuestiones de orden que se susciten en forma inmediata, sin recurso alguno.

Oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el Artículo 155.

En casos excepcionales podrá disponerse un cuarto intermedio, pero la resolución jurisdiccional deberá dictarse el mismo día.

Todo diferimiento o nueva audiencia, en una misma causa, se deberá reprogramar de modo tal que no se suspenda el sistema de audiencias establecido por el Tribunal u oficina de gestión habilitada. Estas deberán ser continuas, no admitiéndose demoras ni suspensiones.

Los Magistrados y Funcionarios que más de tres (3) veces en un (1) año o en seis (6) oportunidades en diversos años hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incursos en la causal de mal desempeño previsto por el Artículo 12 de la Ley 4.970. Cuando se trate de abogados, en las mismas circunstancias, deberá remitirse informe al Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de la circunscripción correspondiente. Deberá establecerse un Registro a estos fines.

(Concs. Art. 359 CPP Cba.; Art. 366 - Art. 370 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 8896, ART. 21)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8008, ART. 59, INC. 25)

Art. 363 - Clausura y Notificación.

La investigación penal quedará clausurada cuando se dicte el decreto de remisión a juicio o quede firme el auto que lo ordene. Cuando el Tribunal de juicio tuviere asiento en otro lugar, aquellas resoluciones serán notificadas a las partes y defensores, quienes deberán constituir nuevo domicilio.

(Concs. Art. 360 CPP Cba.)

LIBRO TERCERO. JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

TÍTULO I. JUICIO COMÚN

CAPÍTULO 1. ACTOS PRELIMINARES

***Art. 364 - Audiencia preliminar.**

Recibido el caso por la Cámara de Crimen o la OGAP, dentro del primer día hábil, fijará fecha para realizar la audiencia preliminar, la que deberá tener lugar en un plazo no mayor de diez (10) días.

Dentro de los dos (2) primeros días de recibida la notificación del artículo 364 haciendo saber el Juez que va a entender, las partes podrán plantear la recusación en los términos del artículo 79. En el mismo plazo deberá formularse la demanda civil, bajo apercibimiento de tener al interesado por desistido.

La audiencia preliminar deberá tramitarse con la presencia ininterrumpida del Juez, el Fiscal, el imputado, su defensor, y demás partes, bajo pena de nulidad. Se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos, salvo la lista de testigos y peritos, o individualización de prueba, con copia a todos los intervinientes.

La ausencia del querellante o actor civil, debidamente notificados, implica el desistimiento de su intervención y el procedimiento seguirá su curso sin su participación posterior.

"Ante la incomparecencia del imputado se diferirá la audiencia hasta contar con su presencia y, a pedido del fiscal o querellante, se ordenará su inmediata detención. Tratándose de una persona jurídica privada, el juez deberá cumplimentar las disposiciones de los artículos 14° de la Ley N° 27.401 y 99° de la presente Ley". (Modifícase el quinto párrafo del artículo 364° de la Ley N° 6.730. Conforme Ley 9237)

Ante la comparecencia del imputado el Juez declarará abierta la audiencia, identificará al imputado, e inmediatamente realizará una breve enunciación de las presentaciones que hubieren realizado las partes que se encontraren presentes en la audiencia.

Seguidamente podrán plantear la aplicación de algún Criterio de Oportunidad: cuando se hubiere solucionado el conflicto y restablecida la armonía social o cuando hubiera habido acuerdo reparatorio o reparación integral solo a pedido del Ministerio Público Fiscal; a pedido del imputado o su defensor la Suspensión del Juicio a Prueba que solo procederá con consentimiento fundado del Fiscal; o cuando las partes hubieran arribado a Juicio Abreviado. El Juez podrá interrogar a las partes sobre si han llegado a algún acuerdo o invitarlas a que lo hagan. Se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto.

En su caso, el Juez invitará al actor civil, al imputado, al demandado civil y citado en garantía, a solucionar el conflicto civil, acordando el litigio sobre la pretensión que hubiere deducido el primero. Será constancia

del acuerdo el audio, sin perjuicio que las partes decidan instrumentarlo por escrito con posterioridad al acuerdo.

De no ser planteado ningún Criterio de Oportunidad, o el mismo fuere rechazado, o no solucionada la cuestión civil, el Juez citará las partes a juicio.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 56) (HIS.: TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 5)

(HIS.: ULTIMO PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7137, ART. 1) (HIS.: SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 365 - Comparecencia del acusado detenido.**

Conducido el acusado declarado rebelde que se ordenó detener según el Art. 364, se procederá de acuerdo al mismo y si se peticiona un Criterio de Oportunidad deberá resolverse sobre su situación de privación de libertad según corresponda. Si no se aplicare un Criterio de Oportunidad, y sólo luego de brindar las explicaciones de su incomparecencia, y a pedido de parte, podrá disponer el Juez medidas de seguridad o cautelares necesarias, o mantener la detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 361 bis CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 57)

***Art. 366 - Continuación de la Audiencia Preliminar.**

Nulidades y excepciones.

Seguidamente las partes podrán interponer, bajo pena de caducidad, las nulidades y excepciones que no hayan deducido anteriormente, las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral.

(Concs. Art. 362 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 58)

***Art. 367 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Ofrecimiento de prueba.

Las partes deberán presentar por escrito en la audiencia preliminar la prueba de la que han de valerse en el juicio, con copia para cada parte, con individualización de los hechos o circunstancias que se pretenden probar con cada una, bajo pena de inadmisibilidad. Los testigos deberán ser identificados con el nombre, documento de identidad, profesión y domicilio.

Sólo podrá requerirse la designación de peritos nuevos, en los casos que deban dictaminar sobre puntos que anteriormente no fueron objeto de examen pericial; o si las pericias ofrecidas resultaren dubitativas, contradictorias o insuficientes; o cuando la defensa no haya ejercido el control previsto por el artículo 250; siempre a costa del proponente y bajo su responsabilidad la iniciativa probatoria. Quedan a salvo de esta disposición cuando deban designarse psiquiatras o psicólogos que deban dictaminar sobre la personalidad psíquica del imputado o de la víctima.

El Ministerio Público Fiscal solo es responsable de la iniciativa probatoria tendiente a acreditar los extremos de la imputación delictiva.

(Concs. Art. 363 CPP Cba.; Art. 386 CPP Mza.)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 59)

***Art. 368 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Observaciones y acuerdos de la prueba; admisión y rechazo.

Acto seguido, en el mismo orden fijado para la discusión final en el juicio oral, las partes podrán formular las observaciones y planteamientos que estimaren relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

Las partes podrán acordar o ser invitados por el Juez a tener por acreditados ciertos hechos, sobre los que no cabrá discusión alguna en el juicio oral, limitando de esta manera las circunstancias que sí deberán demostrarse y la prueba para ello. Al acuerdo probatorio arribado deberá estarse durante el juicio oral y la limitación de la prueba.

Examinadas las pruebas ofrecidas y oídas las partes que hubieren comparecido a la audiencia, el Juez dispondrá, la exclusión de aquellas pruebas que fueren manifiestamente impertinentes o superabundantes, las que no podrán ser tratadas en el juicio oral. Contra esta decisión no cabrá recurso alguno.

Finalmente, el Juez admitirá la prueba pertinente que será sustanciada en el juicio oral.

(Concs. Art. 364 CPP Cba.; Art. 387 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 60)

***Art. 369 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Exclusión de prueba de cargo esencial. Cuando se excluyeren pruebas de cargo esenciales para sustentar la acusación en el juicio oral respectivo, las partes podrán solicitar el sobreseimiento definitivo, y el Juez previo oír a los interesados, resolverá en forma inmediata. Cuando el pedido lo formule el Fiscal, el Juez deberá sobreseer. Si el querellante se opuso podrá recurrirlo. Si instare el sobreseimiento la defensa, el rechazo será irrecurrible.

(Concs. Art. 365 CPP Cba.; Art. 388 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 61)

***Art. 370 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Actividad probatoria complementaria. Cuando la prueba admitida no pueda practicarse durante el juicio oral, y sólo a requerimiento de parte el Juez podrá disponer la realización en los siguientes casos:

- 1) La declaración de testigo que no pudiere comparecer al debate y fuera imposible que deponga por video conferencia.
- 2) El simple reconocimiento de documentos privados ofrecidos como prueba.
- 3) Las pericias y demás actos que no pudieren practicarse durante el juicio oral.

En los casos de los incisos 1) y 2), se fijará inmediatamente fecha para que tenga lugar la audiencia oral, quedando notificadas las partes.

Cuando se trate de un perito, según corresponda se tendrá por designado al propuesto o se procederá al inmediato sorteo.

En cualquiera de estos casos, los actos deberán practicarse en el tiempo que fije el Juez de acuerdo a la actividad procesal a realizar, que nunca podrá ser superior a los quince (15) días desde la Audiencia Preliminar, debiendo agregarse en las actuaciones los informes, actas o instrumentos, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los dos (2) días desde su vencimiento.

(Concs. Art. 366 CPP Cba.; Art. 391 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 62)

***Art. 371 - Continuación de la Audiencia preliminar.**

Fecha de juicio oral. En la misma audiencia, el Juez solicitará a la OGAP fecha de juicio oral, con intervalo no menor de cinco (5) ni mayor de treinta (30) días de la audiencia preliminar o del vencimiento de la actividad probatoria complementaria y en su caso, y que integre en caso de ser necesario el Tribunal Penal Colegiado con otros Jueces, debiendo sortear siempre un Juez suplente a los fines de evitar la suspensión del debate.

Las partes quedarán notificadas en el mismo acto de la fecha de debate que fija la OGAP.

La OGAP de inmediato ordenará la citación de testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir en el juicio oral, y la producción del resto de la prueba admitida.

(Concs. Art. 367 CPP Cba.; Art. 389 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 63)

***Art. 372.- Unión y Separación de Juicios.**

A petición de parte se podrá ordenar la acumulación, cuando por el mismo delito atribuido a varios imputados se hubieren formulado diversas acusaciones siempre que esta no determine un grave retardo; o si la acusación tuviere por objeto varios delitos atribuidos a uno o más imputados, se podrá disponer que los juicios se realicen separadamente, pero, en lo posible, uno después del otro.

(Concs. Art. 368 CPP Cba.; Art. 390 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 64)

***Art. 373 - Sobreseimiento.**

El Tribunal dictará aún de oficio sentencia de sobreseimiento siempre que para establecer estas causales no fuere necesario el juicio oral, cuando:

nuevas pruebas acrediten que el acusado es inimputable;

se hubiere operado la prescripción de la pretensión penal, según la calificación legal del hecho admitida por el Tribunal;

se produjere otra causa extintiva de aquélla,

se verificase que concurre una excusa absolutoria;

a petición del Ministerio Público Fiscal, por la imposibilidad de mantener la acusación.

(Concs. Art. 370 CPP Cba.; Art. 392 CPP Mza. -parcial-)

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 65)

Art. 374 - Indemnización y Anticipo de Gastos.

Cuando los testigos, peritos e intérpretes citados no residan en la ciudad donde se realizará el debate, el Presidente fijará prudencialmente, a petición del interesado, la indemnización que corresponda por gastos indispensables de viaje y estadía. Las partes civiles y el querellante particular deberán consignar en Secretaría el importe necesario para indemnizar a las personas citadas a su pedido, salvo que también lo fueren a propuesta del Ministerio Público o del imputado, o que acrediten estado de pobreza.

(Concs. Art. 371 CPP Cba.; Art. 394 CPP Mza.-parcial)

CAPÍTULO 2. DEBATE

SECCIÓN PRIMERA. AUDIENCIAS

Art. 375 - Oralidad y Publicidad.

El debate será oral y público, bajo pena de nulidad, pero el Tribunal podrá resolver, aún de oficio, que se realice total o parcialmente a puertas cerradas, cuando la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público. Cuando se juzgue a un menor de 18 años, el debate se realizará a puertas cerradas durante la presencia de éste.

(Concs. Art. 372 CPP Cba.; Art. 395 CPP Mza.-parcial-; Art. 333 y 334 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 376 - Prohibiciones para el Acceso.

No tendrán acceso a la sala de audiencia los menores de 14 años, los dementes y los ebrios. Por razones de seguridad, orden, higiene, moralidad o decoro, la Cámara podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria o limitar la admisión a un determinado número.

(Concs. Art. 373 CPP Cba.; Art.396 CPP Mza.-parcial; Art. 332 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 377 - Continuidad y Suspensión.

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su terminación, pero podrá suspenderse por un término máximo de quince días en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba resolverse alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente.
- 2) Cuando sea necesario practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia y no pueda cumplirse en el intervalo entre una y otra sesión.
- 3) Cuando no comparezcan testigos, peritos o intérpretes cuya intervención sea indispensable a juicio de la Cámara, el Fiscal o las partes, salvo que pueda continuarse con la recepción de otras pruebas hasta que el ausente sea conducido por la fuerza pública o declare conforme al artículo 369.
- 4) Si algún Juez, Fiscal o defensor se enfermase hasta el punto de no poder continuar su actuación en el juicio, a menos que los dos últimos puedan ser reemplazados. En estos supuestos, el Presidente les informará lo ocurrido en la audiencia.

5) Si el imputado se encontrare en la situación prevista en el inciso anterior, caso en que deberá comprobarse su enfermedad por los médicos forenses, sin perjuicio de que se ordene la separación de juicios.

6) Si alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa, haciendo indispensable una investigación suplementaria, que se practicará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 369.

7) Cuando el defensor lo solicite conforme al artículo 391.

8) Si se produjere la situación prevista en el Artículo 139, segundo párrafo. En caso de suspensión, el Presidente anunciará el día y hora de la nueva audiencia, y ello valdrá como citación para los comparecientes. El debate continuará enseguida del último acto cumplido cuando se dispuso la suspensión. Si ésta excediere el término máximo antes fijado, todo el debate deberá realizarse nuevamente, bajo pena de nulidad, e iniciarse antes de los sesenta días. Durante el tiempo de suspensión, los Jueces y Fiscales podrán intervenir en otros juicios.

(Concs. Art. 374 CPP Cba.; Art. 397 CPP Mza. -parcial-)

Art. 378 - Asistencia y Representación del Imputado.

El imputado asistirá a la audiencia libre en su persona sin perjuicio de la vigilancia y cautelas necesarias que se dispongan para impedir su fuga o violencia. Si después del interrogatorio de identificación el imputado deseara alejarse de la audiencia, se procederá en lo sucesivo como si estuviere presente, será custodiado en una sala próxima y para todos los efectos será representado por el defensor. Si su presencia fuere necesaria para practicar algún acto, podrá ser compelido por la fuerza pública. Cuando el imputado se hallare en libertad, la Cámara podrá ordenar su detención para asegurar la realización del juicio.

(Concs. Art. 375 CPP Cba.; Art. 398 CPP Mza.-parcial-; Art. 336 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 379 - Postergación Extraordinaria.

En caso de fuga del imputado, la Cámara ordenará la postergación del debate, y en cuanto sea detenido, fijará nueva audiencia.

(Concs. Art. 376 CPP Cba.; Art. 400 CPP Mza. -parcial-)

Art. 380 - Poder de Policía y de Disciplina.

El Presidente ejercerá el poder de policía y disciplina de la audiencia, y podrá corregir en el acto, con multa de hasta mil pesos (cfr. Ley Nº 23.928) o arresto de hasta 30 días, las infracciones a lo dispuesto en el artículo siguiente, sin perjuicio de expulsar al infractor de la sala de audiencia.

La medida será dictada por la Cámara cuando afecte al Fiscal, a las partes o a los defensores. Si se expulsare al imputado, su defensor lo representará para todos los efectos.

(Concs. Art. 377 CPP Cba.; Art. 401 CPP Mza. -parcial-)

Art. 381 - Obligación de los Asistentes.

Los que asistan a la audiencia, deberán permanecer respetuosamente y en silencio. No podrán adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al decoro; ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos.

(Concs. Art. 378 CPP Cba.; Art. 402 CPP Mza. -parcial-; Art. 335 "in fine" CPP C.Rica -parcial-)

Art. 382 - Delito en la Audiencia.

Si en la audiencia se cometiere un delito de acción pública, el Tribunal ordenará levantar un acta y, si correspondiere, la inmediata detención del presunto culpable, el que será puesto a disposición del Fiscal de Instrucción, a quien se le remitirán las copias y los antecedentes necesarios para que proceda como corresponda.

(Concs. Art. 379 CPP Cba.)

Art. 383 - Forma de las Resoluciones.

Durante el debate las resoluciones se dictarán verbalmente, dejándose constancia de ellas en el acta.

(Concs. Art. 380 CPP Cba.)

Sección Segunda. Actos del Debate

Art. 384 - Dirección.

El Presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y declaraciones, y moderará la discusión, impidiendo derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación y la libertad de la defensa.

(Concs. Art. 381 CPP Cba.; Art. 406 CPP Mza. -parcial-)

Art. 385 - Apertura.

El día y hora fijados, el Tribunal se constituirá en la sala de audiencia. Después de verificar la presencia del Fiscal, de las partes y sus defensores, y de los testigos, peritos o intérpretes que deban intervenir, el Presidente declarará abierto el debate. Advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura de la acusación.

(Concs. Art. 382 CPP Cba.; Art. 405 CPP Mza. -parcial-)

Art. 386 - Cuestiones Preliminares.

Inmediatamente después de abierto por primera vez el debate, se podrá deducir, bajo pena de caducidad, las nulidades a que se refiere el inciso 2 del Artículo 201. Las cuestiones referentes a la incompetencia por razón de territorio, a la unión o separación de juicio, a la admisibilidad o incomparecencia de testigos, peritos o intérpretes y a la presentación o requerimiento de documentos, podrá plantearse en la misma oportunidad, con igual sanción, salvo que la posibilidad de proponerlas no surja sino en el curso del debate.

(Concs. Art. 383 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza. -parcial-)

Art. 387 - Trámite de los incidentes.

Todas las cuestiones incidentales serán tratadas en un sólo acto, a menos que el Tribunal resuelva hacerlo sucesivamente o diferir alguna, según convenga al orden del proceso.

En la discusión de las cuestiones incidentales, el Fiscal y el defensor de cada parte, hablarán solamente una vez, por el tiempo que establezca el Presidente.

(Concs. Art. 384 CPP Cba.; Art. 408 CPP Mza.-parcial-)

Art. 388 - Declaraciones del Imputado.

Después de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales en el sentido de la prosecución del juicio, el Presidente recibirá declaración al imputado si éste lo solicitase. En caso contrario procederá a recibir las pruebas en el orden indicado en los artículos respectivos de esta sección. Si hubiera manifestado espontáneamente su voluntad de declarar y así lo hiciere e incurriere en contradicciones, las que se le harán notar, el Presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél ante el Fiscal de Instrucción, los Jueces de Menores y de Paz, siempre que se hubieren observado las normas de la investigación. De igual manera se procederá si manifestare su voluntad de no declarar. Cuando hubiere declarado sobre el hecho, se le podrán formular posteriormente, en el curso del debate, preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

(Concs. Art. 385 CPP Cba.)

Art. 389 - Declaración de Varios Imputados.

Si los imputados fueren varios, el Presidente podrá alejar de la sala de audiencia a los que no declaren, pero después de todas las declaraciones deberá informarles sumariamente de lo ocurrido durante su ausencia.

(Concs. Art. 386 CPP Cba.; Art. 410 CPP Mza.-parcial-)

Art. 390 - Facultades del Imputado.

En el curso del debate, el imputado podrá hacer todas las declaraciones que considere oportunas - incluso si antes se hubiere abstenido - siempre que se refieran a su defensa. El Presidente le impedirá cualquier divagación, y si persistiere aún, podrá alejarlo de la audiencia. El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen.

(Concs. Art. 387 CPP Cba.; Art. 411 CPP Mza.-parcial-)

Art. 391 - Ampliación del Requerimiento Fiscal.

El Fiscal deberá ampliar la acusación si de la investigación o del debate resultare la continuación del delito atribuido o una circunstancia agravante no mencionada en el requerimiento fiscal. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias atribuidos, el Presidente procederá, bajo pena de nulidad, conforme a lo dispuesto por los artículos 271 y 274, e informará al Fiscal y al defensor del imputado que tiene derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercicio, el Tribunal suspenderá el debate por un término que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la acusación y la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 377.

Regirá lo dispuesto por el artículo 369.

El nuevo hecho que integre el delito continuado o la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio.

(Concs. Art. 388 CPP Cba.; Art. 412 CPP Mza. -parcial-; Art. 347 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 392 - Hecho Diverso.

Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal dispondrá, por auto, correr vista al Fiscal de Cámara para que proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el Fiscal discrepare con el Tribunal al respecto, la sentencia decidirá sobre el hecho contenido en la acusación.

Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los Artículos 385, 388, 393 y 405, en cuanto corresponda. (Concs. Art. 389 CPP Cba.)

Art. 393 - Recepción de Pruebas.

El Presidente procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo. Si el imputado hubiese manifestado espontáneamente su decisión de declarar, éste será el primer acto.

(Concs. Art. 390 CPP Cba.)

Art. 394 - Normas de la Investigación Penal Preparatoria.

En cuanto sean aplicables y no se disponga lo contrario, se observarán las normas de la investigación penal preparatoria relativas a la recepción de las pruebas.

(Concs. Art. 391 CPP Cba.)

Art. 395 - Dictamen Pericial.

El Presidente hará leer la parte sustancial del dictamen presentado por los peritos, y si éstos hubieran sido citados, responderán bajo juramento, salvo los peritos de control, a las preguntas que se les formularen. El Tribunal podrá disponer que los peritos presencien los actos del debate.

(Concs. Art. 392 CPP Cba.; Art. 415 CPP Mza.; Art. 350 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 396 - Testigos.

Enseguida, el Presidente procederá al examen de los testigos en el orden que estime conveniente, comenzando por el ofendido. Después de la declaración, serán interrogados conforme a lo previsto en el artículo 399. La parte que los propuso abrirá el interrogatorio. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en la sala de audiencias. Después de hacerlo, el Presidente dispondrá si continuarán incomunicados.

(Concs. Art. 393 CPP Cba.; Art. 351 CPP C.Rica -parcial-; Art. 415 CPP Mza.)

Art. 397 - Examen en el Domicilio.

El testigo o el perito que no compareciere por legítimo impedimento podrá ser examinado, en el lugar donde se hallare, por un Vocal. Podrán asistir, además de los miembros del Tribunal, el Fiscal, las partes y los defensores. En todo caso, el acta que se labre será leída durante el debate.

(Concs. Art. 394 CPP Cba.)

Art. 398 - Elementos de Convicción.

Los elementos de convicción secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y testigos, a quienes se les invitará a reconocerlos según lo dispuesto por el artículo 267 y a declarar lo que fuere pertinente.

(Concs. Art. 395 CPP Cba.)

Art. 399 - Interrogatorio.

Con la venia del Presidente, el Fiscal, las partes y los defensores, podrán formular preguntas a las partes, testigos, peritos o intérpretes. Luego, el Presidente y los Vocales podrán formular las preguntas que estimen necesarias para la mejor comprensión de la declaración.

El Presidente rechazará toda pregunta inadmisibles. La resolución podrá ser recurrida sólo ante la Cámara.
(Concs. Art. 396 CPP Cba.)

Art. 400 - Lectura de Declaraciones Testificales.

Las declaraciones testificales recibidas por el Fiscal de Instrucción, el Ayudante Fiscal o el Actuario, durante la investigación penal preparatoria, podrán leerse únicamente en los siguientes casos, bajo pena de nulidad:

- 1) Cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiese logrado la concurrencia del testigo cuya citación se ordenó o hubiese acuerdo entre el Tribunal y las partes.
- 2) A pedido del Ministerio Público o de las partes, si hubiere contradicciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario para ayudar la memoria del testigo.
- 3) Cuando el testigo hubiera fallecido, estuviera ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar.
- 4) Si el testigo hubiera declarado por medio de exhorto o informe.

(Concs. Art. 397 CPP Cba.) fallo de la guarda

***Art. 401 - Lectura de Actas y Documentos.**

El Tribunal podrá ordenar, a pedido del Ministerio Público o de las partes, la lectura de:

- 1) La denuncia.
- 2) Los informes técnicos y otros documentos producidos por la Policía Judicial.
- 3) Las declaraciones efectuadas por coimputados absueltos, sobreseídos, condenados o prófugos si aparecieren como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.
- 4) Las actas labradas con arreglo a sus atribuciones por la Policía Judicial, el Fiscal o el Juez de Instrucción.
- 5) Las constancias de otro proceso judicial de cualquier competencia.

(Concs. Art. 398 CPP Cba.)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

Art. 402 - Inspección Judicial.

Si para investigar la verdad de los hechos fuere indispensable una inspección, el Tribunal podrá disponerla, aún de oficio, y la practicará de acuerdo con el artículo 397.

(Concs. Art. 399 CPP Cba.)

Art. 403 - Nuevas Pruebas.

El Tribunal podrá ordenar, a requerimiento del Ministerio Público, del querellante o del imputado, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes o proceder con arreglo al artículo 254. Las operaciones periciales necesarias se practicarán acto continuo en la misma audiencia, cuando fuere posible.

(Concs. Art. 400 CPP Cba.; Art. 355 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 404 - Falsedades.

Si un testigo, perito o intérprete incurriere en falsedad, se procederá conforme al artículo 382.

(Concs. Art. 401 CPP Cba.; Art. 422 CPP Mza.)

Art. 405 - Discusión Final.

Terminada la recepción de las pruebas, el Presidente concederá sucesivamente la palabra

- al actor civil,
- al Ministerio Público,
- al querellante particular, y
- a los defensores del imputado y ju8
- del demandado civil,

para que en este orden emitan sus conclusiones. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil y conforme a lo dispuesto por el artículo 119. El demandado civil observará lo dispuesto por el artículo 165 del Código Procesal Civil. Si intervinieren dos Fiscales o dos defensores del imputado, todos podrán hablar dividiéndose sus tareas.

Sólo el Ministerio Público y el defensor del imputado podrán replicar.

Corresponderá al segundo la última palabra.

La réplica deberá limitarse a la refutación de los argumentos adversarios que antes no hubieren sido discutidos.

En caso de manifiesto abuso de la palabra, el Presidente llamará la atención al orador, y si éste persistiera, podrá limitar prudencialmente el tiempo del alegato, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y las cuestiones a resolver. Vencido el término, el orador deberá emitir sus conclusiones. La omisión implicará incumplimiento de la función o abandono injustificado de la defensa.

En último término, el Presidente preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

A continuación se establecerá el orden en que los miembros del Tribunal emitirán sus votos.

(Concs. Art. 402 CPP Cba.; Art. 425 y Art. 78 CPP Mza. -parcial-)

CAPÍTULO 3. ACTA DEL DEBATE

Art. 406 - Contenido.

El secretario labrará un acta del debate que deberá contener, bajo pena de nulidad:

- 1) El lugar y fecha de la audiencia, con mención de la hora en que comenzó y terminó, y de las suspensiones dispuestas.
- 2) El nombre y apellido de los jueces, fiscales, querellante particular, defensores y mandatarios.
- 3) Las condiciones personales del imputado y el nombre de las otras partes.
- 4) El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate.
- 5) Las instancias y conclusiones del Ministerio Público y de las partes.

6) Otras menciones prescritas por la ley o las que el Presidente ordenare hacer y aquéllas que solicitaren el Ministerio Público o las partes.

7) Las firmas de los miembros del Tribunal, del Fiscal, defensores, mandatarios, querellante particular, si lo hubiere, y otros sujetos del proceso que hubieren intervenido, y Secretario, previa lectura.

(Concs. Art. 403 CPP Cba.; Art. 426 CPP Mza. -parcial-)

Art. 407 - Resumen o Versión.

En las causas de prueba compleja, a petición de parte o cuando la Cámara lo estimare conveniente, el Secretario resumirá al final de cada declaración o dictamen la parte sustancial que deba tenerse en cuenta.

También podrá ordenarse la grabación, video grabación o la versión taquigráfica total o parcial del debate.

(Concs. Art. 404 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA

Art. 408 - Deliberación.

Inmediatamente después de terminado el debate, bajo pena de nulidad, los jueces pasarán a deliberar en sesión secreta, a la que solo podrá asistir el Secretario. El acto no podrá suspenderse, bajo la misma sanción, salvo caso de fuerza mayor o que alguno de los Jueces se enfermase hasta el punto de que no pueda seguir actuando. La causa de suspensión se hará constar y se informará a la Suprema Corte de Justicia. En cuanto al término de ella regirá el artículo 377.

(Concs. Art. 405 CPP Cba.; Art. 428 CPP Mza. -parcial-; Art. 360 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 409 - Normas para la Deliberación.

El Tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, si fuere posible, en el siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado, calificación legal y sanción aplicable; la restitución o indemnización demandada y costas. Las cuestiones planteadas serán resueltas sucesivamente, por mayoría de votos, valorándose los actos del debate conforme al artículo 206. Los Jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos anteriores. En caso de duda sobre las cuestiones de hecho se estará a lo más favorable al imputado.

Si en la votación sobre las sanciones que correspondan se emitieren más de dos opiniones, se aplicará el término medio.

Regirá el artículo 406. (Concs. Art. 406 CPP Cba.; Art. 361 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 410 - Reapertura del Debate.

Si el Tribunal estimare, durante la deliberación, absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas, podrá disponer a ese fin la reapertura del debate. La discusión quedará limitada entonces al examen de los nuevos elementos.

(Concs. Art. 407 CPP Cba.; Art. 429 CPP Mza. -parcial-)

Art. 411 - Requisitos de la Sentencia.

La sentencia deberá contener:

1) La mención del Tribunal y fecha en que se dictare; el nombre y apellido de los Jueces, Fiscales, partes y defensores que hubieran intervenido en el debate; las condiciones personales del imputado, y la enunciación del hecho que haya sido objeto de la acusación.

2) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

3) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el Tribunal estime acreditado.

4) La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

5) La firma de los Jueces; pero si uno de los miembros del Tribunal no pudiere suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación, ésto se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma.

(Concs. Art. 408 CPP Cba.; Art. 431 CPP Mza. -parcial-; Art. 363 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 412 - Lectura.

Redactada la sentencia será protocolizada, bajo pena de nulidad, y se agregará copia al expediente. Acto seguido, el Presidente se constituirá en la sala de audiencia, previo convocar verbalmente al Ministerio Público, a las partes y a sus defensores y ordenará por Secretaría la lectura del documento, bajo la misma sanción, ante los que comparezcan.

Si la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora hicieran necesario diferir la redacción de la sentencia, en dicha oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral. Esta se efectuará, bajo pena de nulidad, en las condiciones previstas en el párrafo anterior y en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate. La lectura valdrá siempre como notificación para los que hubieran intervenido en el debate.

(Concs. Art. 409 CPP Cba.; Art. 432 CPP Mza. -parcial-)

Art. 413 - Sentencia y Acusación.

En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

(Concs. Art. 410 CPP Cba.; Art. 433 CPP Mza. -parcial-; Art. 365 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 414 - Absolución.

La sentencia absolutoria ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente; la aplicación de medidas de seguridad; o la restitución, indemnización o reparación demandada.

(Concs. Art. 411 CPP Cba.; Art. 434 CPP Mza. -parcial-; Art. 366 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 415 - Condena.**

La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, la restitución podrá ordenarse aunque la acción no hubiere sido intentada.

*Cuando la condena recaída, lo sea por los delitos comprendidos en el Título II, Título III, Capítulos II, III y IV del Código Penal, y el Tribunal determine de la prueba rendida, la probabilidad de reiteración delictiva, ordenará la inscripción de la sentencia en el RECIS, una vez firme ésta, suministrando los demás datos de filiación determinados en los artículos 1º, 2º y 3º de la presente.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 7222, ART. 5)

*Toda condena dispondrá la extracción de muestras biológicas necesarias que permitan obtener la huella genética digitalizada de la persona condenada para su incorporación al Registro Provincial de Huellas Genéticas Digitalizadas y la inscripción de la sentencia en el mismo.

(PARRAFO INCORPORADO POR LEY 8916, ART. 18)

(Concs. Art. 412 CPP Cba.; Art. 435 CPP Mza. -parcial-; Art. 367 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 416 - Nulidad.

La sentencia será nula:

- 1) Si el imputado no estuviere suficientemente individualizado.
- 2) Si faltare la enunciación del hecho que fuera objeto de la acusación, o la determinación circunstanciada del que el Tribunal estimare acreditada.
- 3) Cuando se base en elementos probatorios no incorporados legalmente al debate, salvo que carezcan de valor decisivo.
- 4) Si faltare o fuere contradictoria la fundamentación de la mayoría del Tribunal, o no se hubieran observado en ella las reglas de la sana crítica, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.
- 5) Cuando faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva.
- 6) Si faltare la fecha del acto o la firma de los Jueces, salvo lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 411.

(Concs. Art. 413 CPP Cba.; Art. 436 CPP Mza. -parcial-)

TÍTULO II. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

***CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTO CORRECCIONAL**

(NOMINACION DEL CAPITULO 1 SUSTITUIDA POR LEY 8929, ART. 10)

***Art. 417 - Información Sumaria.**

El Ayudante Fiscal, bajo las directivas del Fiscal de Instrucción, practicará una información sumaria que se realizará en el término de quince (15) días, con el objeto de reunir los elementos probatorios que sirvan de base a la acusación fiscal y procederá a efectuar la imputación formal conforme las disposiciones del artículo 271.

Las partes podrán proponer diligencias las que serán producidas en la etapa de plenario, salvo que se trate de actos urgentes o definitivos e irreproducibles.

El Fiscal de Instrucción podrá disponer el archivo de las actuaciones, cuando así correspondiera (artículo 346).

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 66)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 11)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8263, ART. 3. LA LEY 8263 HA SIDO DEROGADA POR LEY 8515, ART. 1) (Concs. Art. 414 CPP Cba.; Art. 437 y ss. CPP Mza.- Parcial)

***Art. 417 bis - Medidas de Coerción.**

En caso que el imputado estuviere privado de su libertad el término de la Información Sumaria será de diez (10) días desde la imputación formal y se aplicarán los artículos 284 y 345, no así el artículo 348, del presente Código. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 67)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 12)

***Art. 417 ter - Información Sumaria como Investigación Fiscal.**

Vencido el término de la Información Sumaria sin que se hubiere solicitado la audiencia de acusación la causa continuará su trámite conforme las disposiciones de la Investigación Fiscal (Capítulo IV, del Título Primero, del Libro Segundo).

Cuando el acusado estuviere privado de su libertad deberá solicitarse la prisión preventiva (artículo 348) en el término fatal de un (1) día.

También, en caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento, continuando el trámite según las disposiciones de la Investigación Penal Preparatoria. (TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 68)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 13)

***Art. 417 quáter - Clausura de la Información Sumaria.**

Cumplido el plazo de la información sumaria o información sumaria como Investigación Fiscal, si el Fiscal de Instrucción estima que hay elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado, requerirá audiencia vía electrónica al Juez Correccional o a la OGAP, clausurando la información, para sostener oralmente la acusación fiscal, debiendo contener:

- 1) Individualización de la causa.
- 2) Condiciones personales del imputado u otros datos que sirvan para identificarlo.
- 3) Condiciones personales de las partes.
- 4) Enunciación del hecho y su calificación legal.
- 5) El pedido de citación a las partes.
- 6) Fecha y firma digital o similar por medios electrónicos.

El Ministerio Público Fiscal deberá notificar vía electrónica a la defensa el pedido de audiencia de acusación. Luego, deberá remitir el legajo o las actuaciones o, en su caso, el expediente al juzgado o la OGAP

En caso de no haber reunido elementos de convicción, deberá solicitar al Juez el Sobreseimiento, conforme las disposiciones del artículo 351 y siguientes de la presente ley.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 14)

***Art. 417 quinquies - Audiencia de Acusación.**

La audiencia de acusación deberá fijarse dentro del término fatal cinco (5) días.

Abierta la audiencia y formulada la acusación podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado. Si no existiera ningún planteo de oportunidad o este fuese rechazado, la defensa podrá solicitar el control de la detención sobre la legalidad de la misma fundada en alguno de los tres incisos del artículo 293, se continuará con el trámite de la Audiencia Preliminar según los artículos 366, 367, 368, 369 y 370 y del juicio común con arreglo a las normas allí previstas, salvo las que se establezcan en este Capítulo.

Ofrecida y aceptada la prueba, el Juez solicitará a la OGAP la fecha de audiencia de debate según el artículo 371.

El Juez tiene las atribuciones propias del Tribunal encargado del Juicio Común. Podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración.

No se podrá condenar al imputado si el Ministerio Público Fiscal no lo requiriese, ni imponer una sanción más grave que la pedida.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 69)

(HIS.: TEXTO SEGUN LEY 8929, ART. 15)

CAPÍTULO 2. JUICIO ABREVIADO

Art. 418 - Procedencia.

Desde la clausura de la investigación penal preparatoria, y hasta el momento previsto por el artículo 385, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando:

- a) El imputado lo solicitare y admita la imputación atribuida, que es reformable, y consienta la aplicación de este procedimiento.
- b) El Ministerio Público manifieste su conformidad.

La existencia de coimputados o la conexión de causas del mismo imputado, no impide la aplicación de esta regla a algunos de ellos.

Art. 419 - Requerimiento y trámite.

Actor Civil El Ministerio Público y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley.

El Fiscal de Cámara, formulará la acusación, que es reformable, y que contendrá una descripción de la conducta atribuida y su calificación jurídica, y solicitará la pena por imponer.

Se escuchará a la víctima, pero su criterio no será vinculante. Si existiere actor civil, el mismo podrá optar por la jurisdicción de tal fuero.

Art. 420 - Resolución.

El tribunal dictará sentencia, salvo que, previamente, estime pertinente oír a las partes y la víctima, de domicilio conocido, en audiencia oral.

En tal caso la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el Fiscal.

Al resolver el tribunal, puede rechazar el procedimiento abreviado y, en este caso, deberá remitir la causa al Tribunal que sigue en el turno al originario.

Si ordena el reenvío, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al Ministerio Público durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado podrá ser considerada como una confesión.

CAPÍTULO 3. JUICIO POR DELITO DE ACCIÓN PRIVADA

SECCIÓN PRIMERA. QUERELLA

Artículo 421- Derecho de querella.

Toda persona con capacidad civil o persona jurídica privada que se pretenda ofendida por un delito de acción privada, tendrá derecho a presentar querella ante el Tribunal de juicio competente y a ejercer conjuntamente la acción civil resarcitoria. Igual derecho tendrá el representante legal del incapaz, por los delitos cometidos en perjuicio de éste".

Art. 422 - Unidad de Representación.

Cuando los querellantes fueran varios, deberán actuar bajo una sola representación, la que se ordenará de oficio si ellos no se pusieran de acuerdo.

(Concs. Art. 425 CPP Cba.; Art. 452 CPP Mza. -parcial-)

Art. 423 - Acumulación de Causas.

La acumulación de causas por delitos de acción privada se registrá por las disposiciones comunes, pudiendo procederse así cuando se trate de calumnias o injurias recíprocas, pero ellas no se acumularán con las incoadas por delitos de acción pública.

(Concs. Art. 426 CPP Cba.; Art. 451 CPP Mza. -parcial-; Art. 382 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 424 - Forma y Contenido de la Querella.

La querella será presentada por escrito, con una copia para cada querellado, personalmente o por mandatario especial, y deberán expresar, bajo pena de inadmisibilidad:

1) El nombre, apellido y domicilio del querellante y, en su caso, también los del mandatario. Tratándose de personas jurídicas privadas, la denominación o razón social, domicilio y sede social del querellante,

como así también, en caso de corresponder, los datos que la identifiquen mediante su inscripción en un registro público. (Inc. 1 modificado por Ley 9237)

2) El nombre, apellido y domicilio del querellado, o si se ignorasen, cualquier descripción que sirva para identificarlo.

3) Una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho con indicación de lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se supiere.

4) Si se ejerciere la acción civil, la demanda para la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

5) Las pruebas que se ofrezcan, acompañándose:

a) La nómina de los testigos con indicación del nombre, apellido, profesión, domicilio y hechos sobre los que deberán ser examinados;

b) Cuando la querella verse sobre calumnias o injurias, el documento que a criterio del accionante las contenga, si fuere posible presentarlo; c) La copia de la sentencia civil definitiva que declare el divorcio por adulterio, si la querella fuere por ese hecho.

6) La firma del querellante, cuando se presentare personalmente, o si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego, quien deberá hacerlo ante el Secretario.

La querella será rechazada en los casos previstos por el artículo 346, pero si se refiere a un delito de acción pública será remitida al Fiscal de Instrucción.

(Concs. Art. 427 CPP Cba.; Art. 453 CPP Mza. -parcial-)

Art. 425 - Responsabilidad del Querellante.

El querellante quedará sometido a la jurisdicción del Tribunal en todo lo referente al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales.

(Concs. Art. 428 CPP Cba.; Art. 456 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 426 - Renuncia Expresa.

El querellante podrá renunciar en cualquier estado del juicio, pero quedará sujeto a responsabilidad por sus actos anteriores.

(Concs. Art. 429 CPP Cba.; Art. 457 CPP Mza. -parcial-)

Art. 427 - Renuncia Tácita.

Se tendrá por renunciada la acción privada:

1) Cuando el querellante o su mandatario no concurriere a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa, la que deberán acreditar antes de su iniciación si fuere posible, o en caso contrario, dentro de las 48 horas de la fecha fijada para aquélla.

2) Cuando muerto o incapacitado el querellante, no compareciere ninguno de sus herederos o representantes legales a proseguir la acción, después de tres meses de ocurrida la muerte o incapacidad.

(Concs. Art. 430 CPP Cba.; Art. 459 CPP Mza. -parcial-; Art. 383 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 428 - Efectos de la Renuncia. Desestimación de la querella.

Cuando el Tribunal declare extinguida la pretensión penal por renuncia del querellante, sobreseerá en la causa y le impondrá las costas, salvo que las partes hubieran convenido a este respecto otra cosa.

Asimismo el tribunal podrá disponer el archivo de las actuaciones cuando el hecho imputado no

constituyera delito. Contra tales resoluciones que desestimen la querella, será procedente el recurso de casación.

(Concs. Art. 431 CPP Cba.; Art. 460 -Art.206 CPP Mza. -parcial-)

SECCIÓN SEGUNDA. PROCEDIMIENTO

Art. 429 - Audiencia de Conciliación.

Presentada la querella, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación, remitiendo al querellado una copia de aquélla. A la audiencia podrán asistir los defensores. Cuando no concurra el querellado, el juicio seguirá su curso.

(Concs. Art. 432 CPP Cba.; Art. 461 CPP Mza.; Art. 385 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 430 - Investigación Preliminar.

Cuando el querellante ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deban agregarse al proceso documentos que no estén en su poder, se podrá ordenar una investigación preliminar para individualizar al querellado a conseguir la documentación.

(Concs. Art. 433 CPP Cba.; Art. 454 CPP Mza. -parcial-)

Art. 431 - Conciliación y Retracción.

Cuando las partes se concilien en la audiencia o en cualquier estado del juicio, se sobreseerá en la causa y las costas serán por el orden causado, salvo que aquéllas convengan otra cosa.

Si el querellado se retractare en la audiencia o al contestar la querella, la causa será sobreseída y las costas quedarán a su cargo. La retractación será publicada a petición del querellante, en la forma que el Tribunal estimare adecuada.

(Concs. Art. 434 CPP Cba; Art. 462 CPP Mza.; Art. 386 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 432 - Prisión y Embargo.

El Tribunal podrá ordenar la prisión preventiva del querellado, previo una información sumaria y su declaración, sólo cuando concurren los requisitos del artículo 293 inciso 2). Cuando el querellante ejerza la acción civil podrá pedir el embargo de los bienes del querellado, respecto de lo cual se aplicarán las disposiciones comunes.

(Concs. Art. 435 CPP Cba.)

Art. 433 - Citación a Juicio.

Si el querellado no concurriere a la audiencia de conciliación o no se produjere ésta o la retractación, será citado para que en el término de diez días comparezca a juicio y ofrezca prueba, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

(Concs. Art. 436 CPP Cba; Art. 463 CPP Mza. -parcial-; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 434 - Excepciones.

Durante el término prefijado, el querellado podrá oponer excepciones previas de conformidad al Título II, Capítulo 1, Sección Tercera del Libro Primero.

(Concs. Art. 437 CPP Cba.)

Art. 435 - Fijación de Audiencias.

Vencido el término previsto por el artículo 433 o resueltas las excepciones en el sentido de la prosecución del juicio, se fijará día y hora para el debate conforme al artículo 371 y el querellante adelantará en su caso los fondos a que se refiere el artículo 374.

(Concs. Art. 438 CPP Cba; Art. 465 CPP Mza. -parcial-)

Art. 436 - Debate.

El debate se efectuará de acuerdo con las disposiciones comunes. El querellante tendrá las facultades y obligaciones correspondientes al Ministerio Público; podrá ser interrogado, pero no se le requerirá juramento.

(Concs. Art. 439 CPP Cba; Art. 466 CPP Mza.)

Art. 437 - Incomparecencia del Querellado.

Si el querellado o su representante no compareciere al debate, se procederá en la forma dispuesta por los artículos 378 y 379.

(Concs. Art. 440 CPP Cba; Art. 467 CPP Mza.; Art. 387 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 438 - Ejecución.

La sentencia será ejecutada con arreglo a las disposiciones comunes. En el juicio por calumnias o injurias podrá ordenarse, a petición de parte, la publicación de la sentencia a costa del vencido.

(Concs. Art. 441 CPP Cba; Art. 468 CPP Mza. -parcial-)

Art. 439 - Recursos.

Con respecto a los recursos se aplicarán las normas comunes.

(Concs. Art. 442 CPP Cba; Art. 469 CPP Mza.)

***CAPÍTULO 4.*PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA**

(CAPITULO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 bis - Procedencia. Audiencia de Detención y Acuerdos.**

En los casos en que se procediera a la aprehensión in fraganti del prevenido conforme regulan los artículos 287 y 288 de este Código, y siempre que se trate de delitos dolosos que no superen la pena de veinte (20) años de reclusión o prisión, el Fiscal de Instrucción o el Ayudante Fiscal bajo sus directivas, formará las actuaciones en el plazo de un (1) día hábil desde aquella y presentará en audiencia al imputado con la presencia del defensor frente al Juez de Garantías en Flagrancia, Juez Correccional, Juez de Garantías o al Juez del Juzgado Penal Colegiado según la asignación de la audiencia por la OGA u OGAP, según corresponda.

Se procurará, en la medida de lo posible, mantener la vestimenta y condiciones fisonómicas del imputado hasta la realización de la audiencia. Si ello no fuere posible, se dejará debidamente registrado por medio de fotografía, o medio digital técnico indubitable, la descripción física y vestimenta que al momento del hecho tenía el o los imputados, objetos de los que se valieron para cometer el delito, individualización de

los testigos, de los objetos involucrados en el ilícito, daños y perjuicios producidos, y cuantos más datos sean considerados de interés por las partes del proceso.

En caso de complejidad probatoria el Fiscal de Instrucción declarará inaplicable el procedimiento de flagrancia continuando el trámite mediante investigación Penal Preparatoria.

Quedará habilitada la acción civil ante el fuero correspondiente. La instancia del querellante particular sólo podrá formularse hasta la finalización de la primera audiencia, y en caso de oposición se resolverá la misma en esta audiencia con vista a las partes y la resolución será irrecurrible.

Se efectuará la imputación formal (artículo 271 y conc. del Código Procesal Penal), oportunidad que podrá solicitarse la aplicación de algún Criterio de Oportunidad o Juicio Abreviado.

Si no se planteara algún criterio de oportunidad o este fuese rechazado deberá realizarse el Procedimiento Directísimo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 71) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 ter - Procedimiento Directísimo.**

En la misma audiencia, podrán plantear las nulidades y excepciones de acuerdo al artículo 366. Las partes deberán ofrecer las pruebas a rendirse en el debate que se tramitarán según el artículo 368 y fijará la Audiencia de Finalización, en el plazo de dos (2) días hábiles desde la aprehensión, salvo el caso de producción de pruebas pertinentes y útiles que demanden más tiempo, quedando notificadas en ese acto las partes.

Cuando la fecha del debate sea posterior a los días (10) días desde la imputación formal, el Ministerio Público Fiscal deberá proceder según los artículos 348 y 293, inc. 1), salvo que existiere riesgo procesal podrá solicitar la prisión preventiva, conforme el inc. 3) del mismo artículo.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 72) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***Art. 439 quater - Audiencia de Finalización.**

Será de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto por el Libro Tercero, Título I. Juicio Común.

El Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente. Se concederá a continuación la palabra al imputado para que exprese si desea ratificar o rectificar conforme su declaración en audiencia anterior.

Se recibirán los testimonios y pericias, y se incorporará la prueba instrumental según los acuerdos probatorios al que previamente hubieran arribado. Luego las partes pasarán a alegar en el orden establecido en el artículo 405 de este Código.

El Ministerio Público Fiscal podrá solicitar la absolución del imputado, la aplicación de un Criterio de Oportunidad o formulará la acusación y solicitará en su caso pena. El Juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común.

(TEXTO SEGUN LEY 9040, ART. 73) (HIS.: TEXTO INCORPORADO SEGUN LEY 7692, ART. 2)

***CAPÍTULO 5. HÁBEAS CORPUS Y HÁBEAS DATA**

(NUMERACION MODIFICADA SEGUN LEY 7692, ART. 2)

Art. 440 - Procedencia.

Toda persona detenida o incomunicada en violación de los arts. 17, 19, 21 y correlativos de la Constitución de Mendoza, o que considere inminente su detención arbitraria podrá interponer hábeas corpus para obtener que cese la restricción o la amenaza.

Igual derecho tendrá cualquier otra persona para demandar por el afectado, sin necesidad de mandato.

Cuando el hábeas corpus tuviere como fundamento el reagravamiento de las condiciones de prisión impuesta por órgano judicial competente, se procederá de conformidad con la Ley Nacional Nº 23.098.

En lo pertinente el hábeas data se regirá por las disposiciones contenidas en el presente Título.

(Concs. Art. 474 CPP Mza.)

Art. 441 - Competencia

Será competente para conocer del hábeas corpus cualquier juez letrado, sin distinción de fueros o instancias, del lugar en que se haya efectuado o esté por efectuarse la detención; pero cuando se lo ignore o se dude de él, podrá demandarse ante cualquier juez letrado de la Provincia.

Sin embargo cuando la orden que se considera arbitraria emane de una autoridad judicial, el interesado podrá deducir el recurso sólo ante el tribunal superior de aquélla, dentro del término que tenga para apelar y renunciando a este derecho.

(Concs. Art. 475 CPP Mza.)

Art. 442 - Demanda. Formas.

La demanda podrá ser deducida en forma verbal o escrita, con la mención de los datos imprescindibles, aunque no se conozca el lugar en que se haga efectiva la detención.

(Concs. Art. 476 CPP Mza.)

Art. 443 - Trámite.

Interpuesta la demanda, el juez librará oficio, inmediatamente y en todo caso en el término de una hora contada desde su presentación, a la autoridad que haya ordenado la detención o incomunicación, para que dentro del término de horas que le fije, el cual nunca podrá exceder de doce, presente el detenido e informe de acuerdo con el artículo siguiente.

Cuando el juez prefiera constituirse por si mismo en el lugar de la detención, podrá emitir dicha orden verbalmente, pero de ella se dejará constancia por escrito.

(Concs. Art. 477 CPP Mza.)

Art. 444 - Informe.

En el término fijado, la autoridad requerida presentará al detenido ante el juez o, si no pudiere hacerlo sin peligro para aquel expresará la causa, y le informará:

a) Si la persona a cuyo favor se procede está detenida bajo su poder e incomunicada, o ha dictado contra ella orden de detención, con indicación precisa del lugar, día y hora de la aprehensión, o de la incomunicación, o de la referida orden;

- b) Qué motivos legales le asisten;
- c) Si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en que deberá acompañarla;
- d) Si el detenido hubiere sido puesto a disposición de otra autoridad, a quien, por qué causa y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.

(Concs. Art. 478 CPP Mza.)

Art. 445 - Pronunciamiento.

Dentro de las cuarenta y ocho horas a contar desde la deducción del recurso, y sin perjuicio de que practique las diligencias probatorias que estime necesarias, el juez dictará resolución.

Cuando la privación de la libertad haya sido ordenada por autoridad incompetente o la comunicación haya excedido el término constitucional, dispondrá la inmediata libertad del detenido, o que dicha orden no sea cumplida, o que cese la incomunicación.

Cuando el preso haya sido conducido a otra jurisdicción, hará saber al juez de ese lugar la resolución dictada.

Cuando el hábeas corpus tuviere por objeto la protección de la libertad frente a situaciones de desaparición forzada de personas, el Juez deberá establecer las medidas protectoras que sean pertinentes, fijando la autoridad responsable de su cumplimiento y el plazo de ejecución. Si hubiere sospecha fundada de la comisión de un delito, por el hecho de la desaparición, mediante compulsas de las actuaciones promoverá la investigación por el órgano competente.

(Concs. Art. 479 CPP Mza.)

Art. 446 - Actuación de oficio.

Cuando un juez o tribunal competente tenga conocimiento, por prueba suficiente, de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento, y pueda temerse que sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o sea objeto de perjuicio irreparable antes de ser socorrida con un auto de hábeas corpus, podrá expedirlo a éste de oficio.

(Concs. Art. 480 CPP Mza.)

Art. 447 - Costas.

Las costas del recurso, en el caso de ser otorgado, serán a cargo del culpable de la detención indebida, y del Estado en forma solidaria.

(Concs. Art. 481 CPP Mza.)

Art. 448 - Recurso.

La resolución será apelable con efecto devolutivo dentro de las veinticuatro horas de su notificación, cuando no haga lugar a la demanda.

(Concs. Art. 482 CPP Mza.)

LIBRO CUARTO. RECURSOS

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 449 - Reglas Generales.

Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos. El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviere un interés directo. Cuando la ley no distinga entre las diversas partes, aquél pertenecerá a cualquiera de ellas.

(Concs. Art. 443 CPP Cba; Art. 484 CPP Mza. -parcial-; Art. 422 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 450 - Recursos del Ministerio Público.

En los casos establecidos por la ley, el Ministerio Público podrá recurrir inclusive a favor del imputado o en virtud de la decisión del superior jerárquico, no obstante el dictamen contrario que hubiere emitido antes.

(Concs. Art. 444 CPP Cba;)

Art. 451 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar la sentencia de sobreseimiento o la absolutoria cuando le impongan una medida de seguridad; o solamente de las disposiciones que contenga la sentencia sobre la restitución o el resarcimiento de los daños. Los recursos a favor del imputado podrán ser deducidos por él o su defensor, y si fuere menor edad, también por sus padres o tutor aunque éstos no tengan derecho a que se les notifique la resolución.

(Concs. Art. 445 CPP Cba;)

***Art. 452 - Recursos del querellante particular.**

En los casos establecidos por la ley, el querellante particular podrá recurrir las resoluciones jurisdiccionales que afecten sus intereses. (Concs. Art. 446 CPP Cba;)

(TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 6)

Art. 453 - Recursos del Actor Civil.

El actor civil podrá recurrir de las resoluciones jurisdiccionales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta.

(Concs. Art. 447 CPP Cba;)

Art. 454 - Recursos del Demandado Civil.

El demandado civil podrá recurrir de la sentencia que declare su responsabilidad.

(Concs. Art. 448 CPP Cba.)

Art. 455 - Condiciones de Interposición.

Los recursos deberán interponerse, bajo pena de inadmisibilidad, en las condiciones de tiempo y forma que se determinan, con específica indicación de los puntos de la decisión que fueren impugnados.

(Concs. Art. 449 CPP Cba; Art. 487 CPP Mza. -parcial-)

Art. 456 - Adhesión.

El que tenga derecho a recurrir podrá adherir, dentro del término de emplazamiento, al recurso concedido a otro, siempre que exprese, bajo pena de inadmisibilidad, los motivos en que se funda.

(Concs. Art. 450 CPP Cba; Art. 488 CPP Mza. -parcial-; Art. 425 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 457 - Recursos durante el Juicio.

Durante el juicio sólo se podrá deducir reposición, la que será resuelta: en la etapa preliminar, sin trámite; en el debate, sin suspenderlo.

Los demás recursos podrán deducirse solamente junto con la impugnación de la sentencia, siempre que se hubiere hecho expresa reserva inmediatamente después del proveído. Cuando la sentencia sea irrecurrible, también lo será la resolución impugnada.

(Concs. Art. 451 CPP Cba; Art. 489 CPP Mza. -parcial-)

Art. 458 - Efecto Extensivo.

Cuando el delito que se juzgue apareciere cometido por varios coimputados, el recurso interpuesto en favor de uno de ellos favorecerá también a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales. En casos de acumulación de causas por delitos diversos, el recurso deducido por un imputado favorecerá a todos, siempre que se base en la inobservancia de normas procesales que les afecte y no en motivos exclusivamente personales. También favorecerá al Imputado el recurso del demandado civil, toda vez que éste alegue la inexistencia del hecho, niegue que aquél lo cometió o que constituya delito, sostenga que se ha extinguido la pretensión represiva o que la acción penal no pudo iniciarse o no puede proseguir.

(Concs. Art. 452 CPP Cba; Art. 485 CPP Mza. -parcial-)

Art. 459 - Efecto Suspensivo.

La resolución no será ejecutada durante el término para recurrir y mientras se tramite el recurso, salvo disposición en contrario.

(Concs. Art. 453 CPP Cba; Art. 429 CPP C.Rica)

Art. 460 - Desistimiento.

El Ministerio Público podrá desistir de sus recursos, en dictamen fundado, aún si lo hubiera interpuesto un representante de grado inferior. También podrán desistir las partes de los recursos deducidos por ellas o sus defensores, sin perjudicar a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas. Para desistir de un recurso, el defensor deberá tener mandato especial de su representado.

(Concs. Art. 454 CPP Cba; Art. 490 CPP Mza. -parcial-; Art. 430 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 461 - Inadmisibilidad o Rechazo.

El recurso no será concedido por el Tribunal que dictó la resolución impugnada, cuando ésta fuere irrecurrible, o aquél no fuere interpuesto en tiempo, por quien tenga derecho. Si el recurso fuere inadmisibile el Tribunal de Alzada deberá declararlo así sin pronunciarse sobre el fondo. También deberá rechazar el recurso cuando fuere evidente que es sustancialmente improcedente.

(Concs. Art. 455 CPP Cba.; Art. 491 CPP Mza. -parcial-)

Art. 462 - Competencia del Tribunal de Alzada.

El recurso atribuirá al Tribunal de Alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieran los agravios.

Los recursos interpuestos por el Ministerio Público permitirán modificar o revocar la resolución aún a favor del imputado. Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio, en cuanto a la especie o cantidad de la pena ni a los beneficios acordados.

(Concs. Art. 456 CPP Cba.; Art. 492 CPP Mza. -parcial-; Art. 431 CPP C.Rica)

TÍTULO II. REPOSICIÓN

Art. 463 - Objeto.

El recurso de reposición procederá contra los autos que resuelvan sin sustanciación un incidente o artículo del proceso, a fin de que quien resolvió lo revoque o modifique por contrario imperio.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.; Art. 493 CPP Mza.; Art. 434 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 464 - Trámite.

Este recurso se interpondrá dentro del tercer día, por escrito que lo fundamente. El Juez lo resolverá por auto en el término de cinco días, previa vista a los interesados.

(Concs. Art. 458 CPP Cba.; Art. 494 CPP Mza.; Art. 435 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 465 - Efectos.

La resolución que recaiga hará ejecutoria, a menos que el recurso hubiera sido deducido junto con el de apelación en subsidio, y éste fuere procedente. Este recurso tendrá efecto suspensivo sólo cuando la resolución recurrida fuere apelable con ese efecto.

(Concs. Art. 459 CPP Cba.; Art. 495 CPP Mza.; Art. 436 CPP C.Rica -parcial-)

TÍTULO III. APELACIÓN

***Art. 466 - Resoluciones Apelables.**

El recurso de apelación procederá contra las resoluciones de los Jueces de Instrucción y de Ejecución, siempre que expresamente sean declaradas apelables o causen gravamen irreparable.

(Concs. Art. 460 CPP Cba.; Art. 496 CPP Mza.; Art. 437 CPP Costa Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 467 - Interposición y procedimiento.**

Este recurso deberá interponerse por escrito o diligencia dentro del término de tres días y ante el mismo Juzgado que dictó la resolución y en las condiciones establecidas en el Artículo 455.

El Juez deberá expedirse sobre la concesión del recurso dentro del término de dos (2) días, notificando a los interesados para que en el plazo de tres (3) días puedan adherir. En las apelaciones se seguirá el procedimiento establecido en el presente Título, salvo que se haya dispuesto uno especial.

Todas las notificaciones se practicarán según el Artículo 177 (Ley N° 8.896).

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 5)

(Concs. Art. 461 CPP. Cba; Art. 497 CPP. Mza.; Art. 438 CPP. C.Rica -parcial)

***Art. 468 - Emplazamiento.**

Concedido el recurso, el superior, recibidas las actuaciones fijará audiencia oral, en el término de tres (3) días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 6)

(Concs. Art. 462 CPP Cba.; Art. 498 CPP Mza.; Art. 439 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 469 - Elevación de Actuaciones.

Cuando se impugnare la sentencia de sobreseimiento, el expediente será elevado inmediatamente después de la última notificación. Si la apelación se produjere en un incidente, se elevarán sus actuaciones. En los demás casos, sólo se remitirán copias de los actos pertinentes. No obstante, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente principal, por un plazo no mayor de cinco días.

(Concs. Art. 463 CPP Cba.; Art. 499 CPP Mza.)

***Art. 470 - Desistimiento.**

Las partes podrán desistir del recurso dentro del término de un día de notificado de la audiencia. (TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 7)

(Concs. Art. 464 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 471 - Incomparecencia a la audiencia.**

La incomparecencia injustificada a la audiencia implicará el desistimiento del recurso.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 8)

(Concs. Art. 465 CPP Cba.; Art. 500 CPP Mza.)

***Art. 472 - Audiencia.**

El Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 9)

(Concs. Art. 466 CPP Cba.; Art. 501 CPP Mza.; Art. 442 CPP C.Rica -parcial-)

***Art. 473 - Resolución.**

El Tribunal se pronunciará durante la audiencia en forma inmediata y oral. Podrá hacer cuarto intermedio, pero la resolución deberá dictarse el mismo día. Excepcionalmente, cuando por la complejidad de la causa, o la cantidad de imputados o causas apeladas, tornare imposible hacerlo el mismo día, el Tribunal podrá diferir fundadamente el dictado de la resolución dentro del término de tres días.

(TEXTO SEGUN LEY 8934, ART. 10)

(Concs. Art. 467 CPP Cba.; Art. 502 CPP Mza.)

TÍTULO IV. CASACIÓN

CAPÍTULO 1. PROCEDENCIA

Art. 474 - Motivos.

El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos:

1) Inobservancia o errónea aplicación de la Ley sustantiva. 2) Inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación.

(Concs. Art. 468 CPP Cba.; Art. 503 CPP Mza.; Art. 443 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 475 - Resoluciones Recurribles.

Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, sólo podrá deducirse este recurso contra las sentencias definitivas o los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.

(Concs. Art. 469 CPP Cba.; Art. 504 CPP Mza.; Art. 444 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 476 - Recursos del Ministerio Público.

El Ministerio Público podrá impugnar:

- 1) Las sentencias de sobreseimiento confirmadas por la Cámara de Apelación o dictadas por el Tribunal de Juicio.
- 2) Las sentencias absolutorias, siempre que hubiere requerido la imposición de una pena.
- 3) Las sentencias condenatorias.
- 4) Los autos mencionados en el artículo 475,

(Concs. Art. 470 CPP Cba.; Art. 505 CPP Mza.)

Art. 477 - Recursos del Querellante Particular.-

El querellante particular podrá impugnar las sentencias mencionadas en los incisos 1) y 2) del artículo anterior. Deberá mantener el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 471 CPP Cba.)

Art. 478 - Recursos del Imputado.

El imputado podrá impugnar:

- 1) Las sentencias condenatorias aún en el aspecto civil.
- 2) La sentencia de sobreseimiento o absolutoria que le imponga una medida de seguridad o lo condene a la reparación de los daños.
- 3) Los autos que denieguen la extinción de la acción o la pena y la conmutación o suspensión de la pena.

(Concs. Art. 472 CPP Cba.)

Art. 479 - Recursos del Actor y del Demandado Civil.

El actor civil podrá impugnar la sentencia de la Cámara del Crimen o del Juez Correccional de acuerdo con el artículo 453. El demandado civil podrá recurrir en casación de acuerdo con el artículo 454 cuando pueda hacerlo el imputado.

(Concs. Art. 473 CPP Cba.)

CAPÍTULO 2. PROCEDIMIENTO

Art. 480 - Interposición.

El recurso de casación será interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, en el plazo de quince días de notificada y por escrito con firma de letrado, donde se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cual es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo con sus fundamentos.

Fuera de esta oportunidad no podrá aducirse ningún otro motivo.

El recurrente deberá manifestar si informará oralmente.

(Concs. Art. 474 CPP Cba.; Art. 509 CPP Mza.; Art. 445 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 481 - Proveído.

El Tribunal proveerá lo que corresponda, en el término de tres días, de acuerdo con el artículo 461. Cuando el recurso sea concedido, se procederá conforme a los artículos 468 y 469, elevándose el expediente a la Suprema Corte de Justicia.

(Concs. Art. 475 CPP Cba.)

Art. 482 - Trámite.

En cuanto al trámite ante la Suprema Corte de Justicia se aplicarán los artículos 461 segunda parte, 470, 471 primera parte y 472, mas el término fijado por el último, será de diez días.

(Concs. Art. 476 CPP Cba.; Art. 510 CPP Mza.)

Art. 483 - Debate.

Cuando fuere el caso, el debate se efectuará el día fijado y en el momento oportuno, con asistencia de todos los miembros de la Suprema Corte de Justicia que deban dictar sentencia, y del Fiscal.

No será necesario que asistan y hablen todos los abogados de las partes.

La palabra será concedida primero al defensor del recurrente.

Cuando también hubiera recurrido el Ministerio Público, su representante hablará en primer término. No se admitirán réplicas, pero los abogados de las partes, podrán presentar, antes de la deliberación, breves notas escritas. En cuanto fueren aplicables, regirán los artículos 375, 376, 380, 381 y 384.

(Concs. Art. 477 CPP Cba.; Art. 514 CPP Mza.)

Art. 484 - Deliberación.

Después de la audiencia, los jueces se reunirán a deliberar conforme al artículo 408, y en cuanto fuere aplicable, se observará el 409. Sin embargo, por la importancia de las cuestiones a resolver o por lo avanzado de la hora, la deliberación podrá ser diferida para otra fecha. El Presidente podrá señalar el

tiempo de estudio para cada miembro del Tribunal. La sentencia se dictará dentro de un plazo de veinte días conforme, en lo pertinente, con los artículos 411 y 412, excepto la segunda parte del último.

(Concs. Art. 478 CPP Cba.; Art. 515 CPP Mza.)

Art. 485 - Casación por la Violación de la Ley.

Si la resolución impugnada hubiere violado o aplicado erróneamente la ley sustantiva, el Tribunal la casará y resolverá el caso de acuerdo con la ley y la doctrina aplicables; pero procederá de acuerdo con el artículo siguiente, aún de oficio, cuando no se hubiera observado el inciso 3 del artículo 411.

(Concs. Art. 479 CPP Cba.; Art. 516 CPP Mza.)

Art. 486 - Anulación Total o Parcial.

En el caso del artículo 474 inciso 2, el Tribunal anulará la resolución impugnada y procederá conforme a los artículos 203 y 204.

(Concs. Art. 480 CPP Cba.; Art. 517 CPP Mza.)

Art. 487 - Rectificación.

Los errores de derecho en la fundamentación de la sentencia impugnada, que no hayan influido en la parte resolutive, no la anularán, pero deberán ser corregidos.

También lo serán los errores materiales en la designación o el cómputo de las penas.

(Concs. Art. 481 CPP Cba.; Art. 518 CPP Mza.)

Art. 488 - Libertad del Imputado.

Cuando por efecto de la sentencia deba cesar la detención del imputado, la Suprema Corte de Justicia ordenará directamente la libertad.

(Concs. Art. 482 CPP Cba.; Art. 519 CPP Mza.)

TÍTULO V. INCONSTITUCIONALIDAD

Art. 489 - Procedencia.

El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 475, cuando se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente. (Concs. Art. 483 CPP Cba.; Art. 520 CPP Mza.).

Art. 490 - Procedimiento.

Serán aplicables a este recurso las disposiciones del capítulo anterior relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia.

(Concs. Art. 484 CPP Cba.; Art. 521 CPP Mza.)

TÍTULO VI. QUEJA

Art. 491 - Procedencia.

Cuando sea denegado indebidamente un recurso que procediere ante otro Tribunal, el recurrente podrá presentarse en queja ante éste, a fin de que lo declare mal denegado.

(Concs. Art. 485 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 492 - Trámite.

La queja se interpondrá por escrito en el término de dos o cuatro días - según que los Tribunales actuantes residan o no en la misma ciudad - desde que la resolución denegatoria fue notificada. Cuando sea necesario, el Tribunal de Alzada podrá requerir el expediente, que devolverá sin tardanza.

(Concs. Art. 486 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 493 - Resolución.

El Tribunal se pronunciará por auto en un plazo no mayor de cinco días, a contar desde la interposición o de la recepción del expediente.

(Concs. Art. 487 CPP Cba.; Art. 523 CPP Mza.)

Art. 494 - Efectos.

Si la queja fuere desechada, las actuaciones serán devueltas sin más trámite al Tribunal de origen. En caso contrario se concederá el recurso y se requerirán las actuaciones a fin de emplazar a las partes y proceder según corresponda.

(Concs. Art. 488 CPP Cba.; Art. 524 CPP Mza.)

TÍTULO VII. REVISIÓN

Art. 495 - Motivos.

El recurso de revisión procederá en todo tiempo y en favor del condenado, contra la sentencia firme:

- 1) Si los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable.
- 2) Cuando la sentencia impugnada se hubiera fundado en prueba documental o testifical, cuya falsedad se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable.
- 3) Si la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable.
- 4) Cuando después de la condena sobrevengan nuevos hechos o elementos de prueba, que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió, o que el hecho cometido encuadra en una norma penal más favorable.
- 5) Si la sentencia se funda en una interpretación de la ley que sea más gravosa que la sostenida por la Suprema Corte de Justicia, al momento de la interposición del recurso.
- 6) Si el consentimiento exigido por los artículos 359 y 418 no hubiese sido prestado por el condenado.

(Concs. Art. 489 CPP Cba.; Art. 525 CPP Mza.)

Art. 496 - Límite.

El recurso deberá tender siempre a demostrar la inexistencia del hecho, que el condenado no lo cometió, o que falta totalmente la prueba en que se basó la condena, salvo que se funde en el inciso 4, última parte, o en el inciso 5 del artículo anterior.

(Concs. Art. 490 CPP Cba.; Art. 526 CPP Mza.)

Art. 497 - Quienes podrán deducirlo.

Podrán deducir el recurso de revisión:

1) El condenado; si fuere incapaz, sus representantes legales; si hubiera fallecido o estuviere ausente con presunción de fallecimiento, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

2) El Ministerio Público.

(Concs. Art. 491 CPP Cba.)

Art. 498 - Interposición.

El recurso de revisión será interpuesto personalmente o mediante defensor, por escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se basa y las disposiciones legales aplicables. En los casos que prevén los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 495, bajo la misma sanción, se acompañará copia de la sentencia pertinente, pero si en el supuesto del inciso 3 la pretensión penal estuviera extinguida o la acción no pudiere proseguir, el recurrente deberá indicar las pruebas demostrativas del delito de que se trate.

(Concs. Art. 492 CPP Cba.; Art. 528 CPP Mza.)

Art. 499 - Procedimiento.

En el trámite del recurso de revisión se observarán las reglas establecidas para el de casación, en cuanto sean aplicables. El Tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias que crea útiles, y delegar su ejecución en alguno de sus miembros.

(Concs. Art. 493 CPP Cba.; Art. 529 CPP Mza.)

Art. 500 - Efecto Suspensivo.

Durante la tramitación del recurso, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la sentencia recurrida y disponer la libertad del imputado, con caución o sin ella.

(Concs. Art. 494 CPP Cba.; Art. 530 CPP Mza.)

Art. 501 - Sentencia.

Al pronunciarse en el recurso, la Suprema Corte de Justicia podrá anular la sentencia y remitir a nuevo juicio cuando el caso lo requiera, o dictar directamente la sentencia definitiva.

(Concs. Art. 495 CPP Cba.; Art. 531 CPP Mza.)

Art. 502 - Nuevo Juicio.

Si se remitiere un hecho a nuevo juicio, en éste no intervendrá ninguno de los magistrados que conocieron del anterior. En el nuevo juicio no se podrá absolver por efecto de una nueva apreciación de los mismos hechos del primer proceso, con prescindencia de los motivos que hicieron admisible la revisión.

(Concs. Art. 496 CPP Cba.; Art. 532 CPP Mza.)

Art. 503 - Efectos Civiles.

Si la sentencia fuere absolutoria, podrá ordenarse la restitución de la suma pagada en concepto de pena y de indemnización; de esta última, sólo cuando haya sido citado el actor civil.

(Concs. Art. 497 CPP Cba.; Art. 533 CPP Mza.)

Art. 504 - Reparación.

La sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado podrá decidir, a instancia de parte, sobre los daños y perjuicios causados por la condena. Estos serán reparados por el Estado siempre que aquél no haya contribuido con su dolo o culpa al error judicial. La reparación sólo podrá acordarse al condenado, o por su muerte, a sus herederos forzosos.

(Concs. Art. 498 CPP Cba.; Art. 534 CPP Mza.)

Art. 505 - Revisión Desestimada.

El rechazo de un recurso de revisión no perjudicará el derecho de presentar nuevos pedidos fundados en elementos diversos.

Las costas de un recurso desechado serán siempre a cargo de la parte que lo interponga.

(Concs. Art. 499 CPP Cba.; Art. 535 CPP Mza.)

LIBRO QUINTO. EJECUCIÓN

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 506 - Juez de Ejecución.

Corresponderá al Juez de Ejecución, siempre que no se tratara de procesos en los que hubiere intervenido un Tribunal de Menores:

- 1) Controlar que se respeten las garantías constitucionales en el trato otorgado a los condenados y a las personas sometidas a medidas de seguridad.
- 2) Controlar el cumplimiento, por parte del imputado o condenado, de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión de Juicio a prueba, libertad condicional y condena de ejecución condicional.
- 3) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por los Jueces Correccionales y Cámaras del Crimen, con excepción de la ejecución civil.
- 4) Controlar la ejecución de las medidas de seguridad impuestas a inimputables mayores de edad.
- 5) Conocer en los incidentes que se susciten durante la ejecución de la pena, con excepción de los relacionados con el cómputo de las penas, de la revocación de la condena de ejecución condicional o de la libertad condicional por comisión de un nuevo delito; y de la modificación de la sentencia o de la pena impuesta por haber entrado en vigencia una Ley más benigna.
- 6) Conocer en las peticiones que presentarán los condenados a penas privativas de la libertad, con motivos de beneficios otorgados por la legislación de ejecución penitenciaria.

(Concs. Art. 35 bis. CPP Cba.).

Art. 507 - Competencia y Legislación aplicable.

Para la ejecución de la pena se aplicarán específicamente, las normas contenidas en la ley Nº 24660, a la cual adhirió la Provincia de Mendoza por la Ley Nº 6513, en lo que resulta materia de legislación local, su Decreto Reglamentario, o las que los reemplacen. Las resoluciones del Juez de Ejecución penal serán apelables por ante el Tribunal que dictó la sentencia.

(Concs. Art. 500 CPP Cba. -parcial-; Ley Nº 6513; Ley Nº 24.660)

Art. 508 - Delegación.

El Juez de Ejecución a los fines del cumplimiento de sus funciones podrá comisionar a un funcionario judicial para que practique alguna diligencia necesaria.

(Concs. Art. 501 CPP Cba.)

***Art. 509 - Incidente de Ejecución.**

El incidente deberá tramitarse en audiencia oral y pública, salvo casos de privacidad decretada por el Juez. La víctima deberá ser notificada del incidente para su intervención, quien tendrá voz en la audiencia. No obstante, podrá presentar informe escrito acerca del objeto de la audiencia, en caso de no estar presente en la misma. Siempre podrá ser asistida por un abogado de confianza. Si el Juez decidiera en contra de su opinión, deberá fundar expresamente tal negativa. Las asociaciones de defensa de las víctimas y de intereses específicos en relación con el delito cometido, tendrán el mismo derecho de participar en la audiencia.

(Concs. Art. 502 CPP Cba.)

(TEXTO SEGUN LEY 8971, ART. 32)

Art. 510 - Sentencia Absolutoria.

Cuando la sentencia sea absolutoria, el Juez o Tribunal que la dictó dispondrá inmediatamente la libertad del imputado que estuviere preso y la cesación de las restricciones cautelares impuestas, aunque aquella fuere recurrible.

(Concs. Art. 503 CPP Cba.-parcial-)

TÍTULO II. EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO 1. PENAS

***Art. 511 - Cómputos.**

El Juez de Sentencia o Tribunal de Juicio practicará el cómputo de la pena, fijando la fecha de su vencimiento o su monto. Se notificará el Decreto respectivo al condenado y a su Defensor y al Ministerio Público, quienes podrán observarlo dentro de los tres (3) días. Si no se dedujera oposición en término, el cómputo será aprobado por Decreto y la sentencia se ejecutará inmediatamente, enviando los recaudos al Juez de Ejecución. En caso contrario se procederá conforme al procedimiento previsto por el Art. 509. El mismo trámite se seguirá cuando el cómputo deba ser rectificado, pudiéndose en ambos casos recurrir en Casación.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 1)

(Concs. Art. 504 CPP Cba.)

***Art. 511 bis-**

Podrá interponerse recurso de apelación por ante la Cámara de Apelaciones de los recursos y autos emitidos por el Juez de Ejecución, relativo a la imposición de sanciones, otorgamiento de salidas transitorias, traslados de jurisdicción, denegatoria de libertad asistida, medidas alternativas a la detención, prisión discontinua o régimen de semidetención y toda otra resolución que implique una alteración sustantiva de la pena.

(TEXTO INCORPORADO POR LEY 7370, ART. 2)

***Art. 512 - Pena privativa de la libertad.**

Cuando el condenado a pena privativa de la libertad no estuviere preso, el tribunal que le impuso la condena ordenará su captura, salvo que aquélla no exceda de seis meses de prisión y no exista sospecha de fuga. En este caso, se notificará al condenado para que se constituya detenido dentro de los cinco días. Si el condenado estuviere privado de su libertad, una vez firme la sentencia condenatoria, el juez o Tribunal que la dictó, remitirá de inmediato la causa al Juez de Ejecución, quien procederá de acuerdo al Art. 511 y luego, en el plazo de veinte (20) días comunicará la sentencia remitiendo testimonio de ella y del cómputo de pena, a la autoridad administrativa competente. En el plazo de diez (10) días a partir de la recepción de la comunicación y sus recaudos, la autoridad penitenciaria correspondiente efectuará el traslado del condenado al establecimiento que ella determine para el cumplimiento de la pena, conforme al régimen de ejecución previsto por la ley penitenciaria nacional. Si el asiento del Tribunal de Sentencia,

estuviere a más de ciento cincuenta (150) kilómetros del Juez de Ejecución, el primero podrá, a pedido del imputado, realizar todos los actos señalados en este artículo. (Concs. Art. 505 CPP Cba. Parcial). (TEXTO SEGUN LEY 7116, ART. 7)

Art. 513 - Suspensión.

La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida en los siguientes casos:

- 1) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis meses.
- 2) Si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata ejecución pusiera en peligro su vida, según el dictamen de peritos designados de oficio.

Cuando cesen estas condiciones, la sentencia se ejecutará de inmediato.

(Concs. Art. 506 CPP Cba.)

Art. 514 - Enfermos.

Si durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, el condenado sufre enfermedad que no pudiese ser atendida en la cárcel, el Juez de Ejecución dispondrá, previo los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado, salvo que éste importare grave peligro de fuga.

(Concs. Art. 507 CPP Cba.-parcial-)

Art. 515 - Inhabilitación Accesorio.

Cuando la pena privativa de la libertad importe la accesoria que establece el artículo 12 del Código Penal, el Juez o Tribunal de Sentencia ordenará las inscripciones y anotaciones que correspondan.

(Concs. Art. 508 CPP Cba.-parcial-)

Art. 516 - Inhabilitación Absoluta.

La parte resolutive de la sentencia que condene a inhabilitación absoluta se hará publicar en el Boletín Oficial, y se cursarán las comunicaciones a la Junta Electoral y a las Reparticiones o Poderes que correspondan, según el caso.

(Concs. Art. 509 CPP Cba.)

Art. 517 - Inhabilitación Especial.

Cuando la sentencia imponga inhabilitación especial, se harán las comunicaciones pertinentes.

(Concs. Art. 510 CPP Cba.)

Artículo 518.- Pena de multa.

La multa deberá ser abonada dentro de los diez (10) días desde que la sentencia quede firme. Vencido este término, el Juez o Tribunal de Sentencia procederá con arreglo a los artículos 21° y 22° del Código Penal. La sentencia se ejecutará a iniciativa del Ministerio Público, por el procedimiento que a ese fin establece el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

En el caso que el Juez o tribunal de sentencia disponga el pago de la multa en forma fraccionada, en el supuesto previsto en el cuarto párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.401, fijarán el monto y la fecha de los pagos. En caso de incumplimiento de cualquiera de los mismos, se producirá el vencimiento de pleno derecho de la obligación respectiva a la fecha en que quede firme la sentencia" (Ley 9237 -11-08-20)

Art. 519 - Prisión Domiciliaria.

La prisión domiciliaria, se cumplirá bajo la vigilancia de la autoridad penitenciaria provincial, a la que se impartirán las órdenes necesarias. Del mismo modo se procederá en el caso del artículo 298. Si el detenido quebrantare la medida, el Juez ordenará su captura para su cumplimiento en el establecimiento que corresponda. Rige también para el presente artículo la excepción prevista en el Art. 298, bajo las mismas modalidades y requisitos.

(Concs. Art. 512 CPP Cba.)

Art. 520 - Revocación de Condena Condicional.

La revocación de la condena de ejecución condicional será dispuesta por el Juez o Tribunal que la impuso, salvo que proceda la acumulación de penas; en este caso, podrá ordenarla el que determine la pena única.

(Concs. Art. 513 CPP Cba.)

Art. 521 - Modificación de la Pena Impuesta.

Cuando deba quedar sin efecto o modificarse la pena impuesta, o las condiciones de su cumplimiento por haber entrado en vigencia una ley más benigna o en virtud de otra razón legal, el Juez o Tribunal de Sentencia aplicará dicha ley de oficio, a solicitud del interesado o del Ministerio Público. El incidente se tramitará conforme al artículo 509 aunque la cuestión fuere provocada de oficio.

(Concs. Art. 514 CPP Cba.-parcial-)

CAPÍTULO 2. LIBERTAD CONDICIONAL

Art. 522 - Solicitud.

La solicitud de libertad condicional podrá ser formulada por el condenado o por su defensor. Está será tramitada por intermedio del organismo administrativo competente a los efectos de la confección de los informes exigidos por el Art. 28 de la Ley N° 24660.

(Concs. Art. 515 CPP Cba.)

Art. 523 - Cómputo y Antecedentes.

Presentada la instancia, el Juez de Ejecución requerirá informe del Secretario sobre el tiempo de condena cumplido por el solicitante y sus antecedentes. En caso necesario se librará oficio al Registro Nacional de Reincidencia y los exhortos pertinentes.

(Concs. Art. 516 CPP Cba.)

Art. 524 - Informe y Dictamen.

La solicitud de libertad condicional deberá ser acompañada de un informe sobre el tiempo cumplido de condena y lo previsto por el artículo 13 de Código Penal, y del dictamen sobre la calificación de concepto (artículo 101, Ley Penitenciaria Nacional), producido por el organismo administrativo competente. En caso de omisión de estos recaudos, el Juez deberá requerirlos antes de resolver respecto a la solicitud. A tal efecto fijará un plazo de hasta cinco días.

(Concs. Art. 517 CPP Cba.)

***Art. 525 - Procedimiento.**

En cuanto al trámite, resolución y recursos se procederá de conformidad al Artículo 509. Cuando la Libertad Condicional fuere acordada, en el auto se fijarán las condiciones que establece el Art. 13 del Código Penal y el liberado deberá prometer que las cumplirá fielmente, en el acto de la notificación. El Secretario le entregará una copia de la resolución, la que deberá conservar y presentar a la autoridad encargada de vigilarlo, toda vez que le sea requerida. En todos los casos de denegación o la revocación de la libertad condicional corresponderá recurso de apelación ante la Cámara de Apelaciones.

(TEXTO SEGUN LEY 7370, ART. 3)

(Concs. Art. 518 CPP Cba.)

Art. 526 - Supervisión. Patronato.

La supervisión del liberado condicional se implementará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley N° 24660. A dicho organismo se le comunicará la libertad otorgada y en su caso, la denegatoria, remitiéndole copia del auto respectivo.

(Concs. Art. 519 CPP Cba.-parcial-)

Art. 527 - Incumplimiento.

La revocatoria de la libertad condicional podrá efectuarse de oficio o a solicitud del Ministerio Público o del Patronato. En todo caso, el libertado será oído y se le admitirán pruebas, procediéndose en la forma prescrita por el artículo 509. Si el Juez lo estimare necesario, el liberado será detenido preventivamente hasta que se resuelva la incidencia.

(Concs. Art. 520 CPP Cba.)

CAPÍTULO 3. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y TUTELARES

Art. 528 - Vigilancia.

La ejecución provisional o definitiva de una medida de seguridad será vigilada por el Juez o Tribunal de Sentencia, cuyas decisiones serán obedecidas por las autoridades del establecimiento en que la misma se cumpla.

(Concs. Art. 521 CPP Cba.)

Art. 529 - Instrucciones.

Cuando disponga la ejecución de una medida de seguridad, el Juez o Tribunal impartirá las instrucciones necesarias a la autoridad o al encargado de ejecutarla y fijará los plazos en que deberá informársele acerca del estado de la persona sometida a la medida o sobre cualquier otra circunstancia de interés. Dichas instrucciones podrán ser modificadas en el curso de la ejecución, según sea necesario, incluso a requerimiento de la autoridad administrativa. Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno.

(Concs. Art. 522 CPP Cba.)

Art. 530 - Internación de Anormales.

El Juez ordenará especialmente la observación psiquiátrica del sujeto, cuando disponga la aplicación de la medida que prevé el artículo 34 inciso 1º del Código Penal.

(Concs. Art. 523 CPP Cba.)

Art. 531 - Colocación de Menores.

Cuando se hubiere dispuesto la colocación privada de un menor, el encargado de su cuidado o la autoridad del establecimiento en que se encuentre, tendrá la obligación de facilitar la vigilancia dispuesta por la ley 6354.

(Concs. Art. 524 CPP Cba.)

Art. 532 - Cesación.

Para ordenar la cesación de una medida de seguridad o tutelar, el Juez o Tribunal deberá oír al Ministerio Público, al interesado, o cuando éste sea incapaz, a quien ejercite su patria potestad, tutela o curatela, y en su caso, conforme a lo dispuesto por la ley 6354. Además, en los casos del artículo 34, inc. 1 del Código Penal, deberá requerirse el informe técnico oficial del establecimiento en que la medida se cumpla y el dictamen por lo menos, de dos peritos.

(Concs. Art. 525 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. RESTITUCIÓN Y REHABILITACIÓN

Art. 533 - Solicitud y Competencia.

Cuando se cumplan las condiciones prescritas por el artículo 20 ter del Código Penal, el condenado a inhabilitación absoluta o relativa podrá solicitar al Tribunal que la ejecutó, personalmente o mediante un abogado defensor, que se lo restituya en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, o su rehabilitación. Con el escrito deberá presentar copia auténtica de la sentencia respectiva y ofrecer una prueba de dichas condiciones, bajo pena de inadmisibilidad.

(Concs. Art. 526 CPP Cba.)

Art. 534 - Prueba e Instrucción.

Además de ordenar la inmediata recepción de la prueba ofrecida, el Tribunal podrá ordenar la instrucción que estime oportuna. A tales fines podrá actuar un integrante de la Cámara, librarse las comunicaciones necesarias o encomendarse información a la Policía Judicial.

(Concs. Art. 527 CPP Cba.)

Art. 535 - Vista y Decisión.

Practicada la investigación y previa vista al Ministerio Público y al interesado, el Tribunal resolverá por auto. Contra éste sólo procederá el recurso de casación.

(Concs. Art. 528 CPP Cba.)

Art. 536 - Efectos.

Si la restitución de la rehabilitación fuere concedida, se harán las anotaciones y comunicaciones necesarias para dejar sin efecto la sanción.

(Concs. Art. 529 CPP Cba.)

TÍTULO III. EJECUCIÓN CIVIL

CAPÍTULO 1. CONDENAS PECUNIARIAS

Art. 537 - Competencia.

La sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños, o al pago de costas, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez Civil que corresponda con arreglo al Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 530 CPP Cba.; Art. 561 CPP Mza.; Art. 464 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 538 - Sanciones Disciplinarias.

El Ministerio Público ejecutará las penas pecuniarias de carácter disciplinario, a favor del Fisco, en la forma establecida por el artículo anterior.

(Concs. Art. 531 CPP Cba.; Art. 562 CPP Mza.)

CAPÍTULO 2. GARANTÍAS

Art. 539 - Embargo o Inhibición de Oficio.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal, podrá ordenar el embargo de bienes del imputado en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, las costas y la indemnización civil.

Si el imputado no tuviere bienes o lo embargado fuere insuficiente, se podrá disponer la inhibición.

(Concs. Art. 532 CPP Cba.; Art. 563 CPP Mza.)

Art. 540 - Embargo a Pedido de Parte.

El actor civil podrá pedir el embargo de bienes del imputado y del demandado civil, a fin de garantizar el pago de la indemnización que pudiera ordenarse.

(Concs. Art. 533 CPP Cba.; Art. 564 CPP Mza.)

Art. 541 - Otras Medidas Cautelares.

El Tribunal, de oficio o a pedido del Ministerio Fiscal o del actor civil, podrá ordenar cualquier otra medida cautelar.

(Concs. Art. 534 CPP Cba.)

Art. 542 - Remisión.

Serán de aplicación las normas del Código Procesal Civil, en todo lo referente a embargos y otras medidas cautelares, salvo lo dispuesto en este Capítulo.

(Concs. Art. 535 CPP Cba.)

Art. 543 - Depósito.

Para la conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, el Tribunal designará depositario, quien los recibirá bajo inventario y firmará la diligencia de constitución del depósito; en ella se hará constar que se le hizo saber la responsabilidad que contrae.

Los fondos públicos, los títulos de crédito, el dinero y las alhajas se depositarán en un Banco Oficial.

(Concs. Art. 536 CPP Cba.; Art. 567 CPP Mza.)

Art. 544 - Administración.

Si la naturaleza de los bienes embargados lo hiciere necesario se dispondrá la forma de su administración y la intervención que en ella tendrá el embargado.

Podrá nombrarse interventor o administrador.

(Concs. Art. 537 CPP Cba.; Art. 568 CPP Mza.)

Art. 545 - Honorarios.

El depositario, el interventor y el administrador tendrán derecho a cobrar honorarios, que regulará el Tribunal.

(Concs. Art. 538 CPP Cba.; Art. 569 CPP Mza.)

Art. 546 - Variación del Embargo.

Durante el curso de proceso el embargo podrá ser levantado, reducido o ampliado.

(Concs. Art. 539 CPP Cba.; Art. 570 CPP Mza.)

Art. 547 - Actuaciones.

Las diligencias sobre embargos y fianzas se tramitarán por cuerda separada.

(Concs. Art. 540 CPP Cba.; Art. 571 CPP Mza.)

Art. 548 - Tercerías.

Las tercerías serán sustanciadas en la forma establecida por el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 541 CPP Cba.; Art. 572 CPP Mza.)

CAPÍTULO 3. RESTITUCIÓN Y OBJETOS SECUESTRADOS

Art. 549 - Objetos Confiscados.

Cuando la sentencia importe confiscación de algún objeto, a éste se le dará el destino que corresponda según su naturaleza.

(Concs. Art. 542 CPP Cba.)

Art. 550 - Cosas Secuestradas. Restitución y Retención.

Las cosas secuestradas que no estuvieren sujetas a confiscación, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron.

Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.

(Concs. Art. 543 CPP Cba.; Art. 466 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 551 - Controversia.

Si se suscitare controversia sobre la restitución o la forma de ella, se dispondrá que los interesados ocurran a la jurisdicción civil.

(Concs. Art. 544 CPP Cba.; Art. 467 CPP C.Rica)

Art. 552 - Objetos no Reclamados.

Cuando después de un año de concluido el proceso, nadie acreditare tener derecho a la restitución de cosas que no se secuestraron en poder de persona determinada, se procederá en la forma establecida en la Ley vigente que rija la materia.

(Concs. Art. 545 CPP Cba.)

CAPÍTULO 4. SENTENCIA DECLARATIVA DE FALSEDAD

Art. 553 - Rectificación.

Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, el Tribunal que la dictó ordenará que el acto sea reconstituido, suprimido o reformado.

(Concs. Art. 546 CPP Cba.)

Art. 554 - Documento Archivado.

Si el instrumento hubiera sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiese establecido la falsedad total o parcial.

(Concs. Art. 457 CPP Cba.)

Art. 555 - Documento Protocolizado.

Si se tratare de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hubieren presentado y en el registro respectivo.

(Concs. Art. 548 CPP Cba.)

TÍTULO IV. COSTAS

Art. 556 - Anticipación.

En todo proceso, el Estado anticipará los gastos con relación al imputado y a las demás partes que gozaren del beneficio de pobreza.

(Concs. Art. 549 CPP Cba.; Art. 265 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 557 - Resolución Necesaria.

Toda resolución que ponga término a la causa o a un incidente, deberá resolver sobre el pago de las costas procesales y a cargo de quien corresponden.

(Concs. Art. 550 CPP Cba.; Art. 266 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 558 - Imposición.

Las costas serán a cargo del condenado, pero el Tribunal podrá eximirlo total o parcialmente, cuando hubiera tenido razón plausible para litigar. En materia civil, las costas se regirán por lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

(Concs. Art. 551 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 559 - Personas Exentas.

Los representantes del Ministerio Público, los abogados y mandatarios que intervengan en el proceso, no podrán ser condenados en costas, salvo los casos en que especialmente se disponga lo contrario y sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria en que incurran.

(Concs. Art. 552 CPP Cba.; Art. 268 CPP C.Rica -parcial-)

Art. 560 - Contenido.

Las costas consistirán en el pago de los impuestos que correspondan, de los honorarios devengados en el proceso y de los otros gastos que se hubieran originado durante su tramitación.

(Concs. Art. 553 CPP Cba.; Art. 269 CPP Costa Rica -parcial-)

***Art. 561 - Distribución de Costas.**

Cuando sean varios los condenados al pago de costas, el Tribunal fijará la parte proporcional que corresponda a cada uno, sin perjuicio de la solidaridad que establezca la ley civil. Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el artículo 29 y lo establecido en el Libro Primero, Título V, Capítulo 2 del presente Código. Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.

(Concs. Art. 554 CPP Cba.; Art. 267 CPP C.Rica -parcial-)

(SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 562 - Vigencia.

Esta ley empezará a regir a los dos años de su publicación en el Boletín Oficial; a excepción de lo dispuesto en los artículos 10, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 45, 46, 103, 104, 105, 106, 107, 128, 129, 130, 297, 298, 359, 365, 418, 419, 420, 452, 477, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 563, 565, lo que entrará en vigencia luego de transcurridos treinta días corridos de la publicación de este Código en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza. Las normas procesales vigentes en la actualidad deberán ser interpretadas en beneficio de la aplicación de las normas contenidas en los artículos señalados.

***Art. 562 bis- Facultades transitorias del Juez de Instrucción.-**

Hasta tanto entre en vigencia la totalidad de la presente Ley, el Juez de Instrucción será competente para resolver lo dispuesto por el Art. 29 y lo establecido en el Libro I, Título V, Capítulo 2, del presente Código.- Si el Juez de Instrucción rechazara el pedido de participación del Querellante Particular, su resolución será apelable ante la Cámara del Crimen correspondiente.- (SEGUN LEY 7116, ART. 8, DONDE DICE "JUEZ DE INSTRUCCION" DEBE DECIR "JUEZ DE GARANTIAS")

***Art. 562 ter- Interpretaciones.**

A los fines interpretativos de todas las disposiciones existentes y las que entrarán en vigencia de la Ley 6.730 (T.O. Ley 7.007), en razón de la convergencia de las disposiciones que se van a producir, referidas unas a la instrucción formal (procedimiento mixto) y a otras, de la investigación penal preparatoria (procedimiento acusatorio), establézcense las siguientes equivalencias terminológicas generales y específicamente las que de inmediato se determinan: A) En los artículos 388 y 400, dónde dice «Fiscal de Instrucción», se entenderá también «Juez de Instrucción»; B) En el artículo 394, normas de investigación penal preparatoria o instrucción formal indistintamente; C) En el artículo 410, se agrega luego de «Si el

tribunal estimare durante la deliberación absolutamente necesario, ampliar las pruebas incorporadas», la expresión «con el consentimiento de las partes. (TEXTO INCORPORADO LEY 7116, ART. 9)

Art. 563 - Facultades transitorias de la Suprema Corte de Justicia.

Además de las facultades previstas en la Constitución de Mendoza, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y leyes especiales, durante los dos primeros años de vigencia de este Código, la Suprema Corte de Justicia deberá realizar la redistribución funcional, abrir o cerrar oficinas, asignar funciones, reorganizar despachos y redistribuir la competencia territorial de los tribunales, siempre que ello resulte indispensable para la aplicación de este Código.

***Art. 564 - DEROGADO POR LEY 8929, ART. 17.**

***Art. 565 - Procesos pendientes.**

*1) Las causas ya distribuidas con motivo de la vigencia de la Ley 6.730 y las propias, que continúen con el procedimiento de la Ley 1.908, seguirán sustanciándose en los Juzgados en que se encuentren, hasta llegar a las resoluciones definitivas.

(TEXTO MODIFICADO SEGUN LEY 7933, ART. 1) 2) Los procesos que estuvieren radicados en las Fiscalías de Instrucción continuarán, sustanciándose según su estado con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, cuando ésta entre en su plena vigencia.

3) Los juicios por delito de acción privada que se encontraran radicados en las Cámaras del Crimen, continuarán tramitándose ante ellas.

4) Las causas que estuvieren tramitando en las Fiscalías Correccionales continuarán sustanciándose en éstas hasta su conclusión.

(Concs. Art. 556 CPP Cba.)

Art. 566 - Validez de los Actos Anteriores.

Los actos cumplidos antes de la vigencia de este Código, de acuerdo con las normas del abrogado, conservarán plena validez.

(Concs. Art. 557 CPP Cba.)

Art. 567 - Derogaciones

Derogánse las leyes, decretos-leyes; decretos o reglamentos que se opongán a lo normado por el presente Código.

Art. 568 - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEY 9106. JUICIO POR JURADOS POPULARES

<http://www.sajj.gob.ar/9106-local-mendoza-establecen-juicio-jurados-populares-lpm0009106-2018-10-16/123456789-0abc-defg-601-9000mvoorpyel?>

MENDOZA, 16 de Octubre de 2018

Boletín Oficial, 19 de Octubre de 2018

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

CAPÍTULO I

Artículo 1º- Objeto.

La presente Ley tiene por objeto establecer el Juicio por Jurados Populares en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución Nacional (**ARTÍCULO 24.-** El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.)

Artículo 2º- Competencia. Modificado por Ley 9387

Los Juicios por Jurados Populares se realizarán sólo respecto de los delitos previstos en los Artículos 80, 124, 165 y 79 en función del Artículo 41 bis del Código Penal de la Nación cuando se hubieren consumado y los que con ellos concurren según las reglas de los Artículos 54 y 55 de este Código, siempre que deban ser juzgados simultáneamente con aquellos. La competencia se determinará con la calificación de los hechos con los que se eleva la causa a juicio.

Cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el Juez podrá disponer, sólo a pedido del acusado, en audiencia pública, con la intervención de todas las partes y mediante auto fundado, que se sorteen jurados de una circunscripción judicial de la Provincia distinta a aquella en que ocurrió el hecho delictivo. Esta prórroga de la jurisdicción, es independiente del lugar físico donde se realice el debate, el que será decidido por el Juez en audiencia y previo a escuchar la opinión de las partes."

[Modificaciones] VER. Ley 9387:

Artículo 3º- Dirección del proceso.

Recibido el caso por la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) se determinará por sorteo el Juez que tendrá a cargo la tramitación de la causa en forma exclusiva, quien tendrá a su cargo la dirección del proceso, del debate y en su caso imposición de pena.

En la misma oportunidad la OGAP fijará la audiencia preliminar prevista en el Capítulo Primero "Actos preliminares" del Título I "Juicio Común" del Libro Tercero del Código Procesal Penal, en cuanto le sea aplicable.

Es inadmisibles la acción civil en el procedimiento de Juicios por Jurados Populares y la aplicación de los Principios de Oportunidad.

No es aplicable el artículo 46 del Código Procesal Penal.

Artículo 4º- Carga pública.

La función de jurado constituye una carga pública de los ciudadanos. Para a ser miembro de un jurado popular se deberán reunir las siguientes condiciones:

- a) Ser argentino nativo o naturalizado con no menos de cinco (5) años de ciudadanía. Tener una residencia permanente no inferior a cuatro (4) años en el territorio provincial y de dos (2) años en el territorio de la jurisdicción del Tribunal Colegiado competente.
- b) Tener entre 18 y 75 años de edad.
- c) Comprender el idioma nacional, saber leer y escribir.
- d) Contar con el pleno ejercicio de los derechos políticos;

Art. 5º- No podrán ser miembros del Jurado:

- a) El Gobernador, el Vicegobernador y los Intendentes.
- b) Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, los funcionarios con rango equivalente o superior a Director de los Municipios o Entes Públicos Autárquicos o Descentralizados. El Fiscal de Estado, Asesor de Gobierno, Contador y Tesorero de la Provincia y otros funcionarios de igual rango; el Presidente y los Vocales del Tribunal de Cuentas de la Provincia.
- c) Los integrantes de los órganos legislativos en el orden nacional, provincial o municipal.
- d) Los Magistrados, funcionarios o empleados del Poder Judicial nacional o provincial, del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio Público de la Defensa y Pujilar y Procurador Penitenciario.
- e) Los abogados, escribanos y procuradores en ejercicio, los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal y los peritos inscriptos.
- f) Los integrantes, en servicio activo o retirados, de las fuerzas armadas, de seguridad y del Servicio Penitenciario.
- g) Los Ministros de un culto.
- h) Las autoridades directivas de los partidos políticos reconocidos por la Junta Electoral de la Provincia o por la Justicia Federal con competencia electoral.
- i) Los cesanteados o exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o de las fuerzas de seguridad, defensa y/o del Servicio Penitenciario.
- j) Los fallidos por el tiempo que dure su inhabilitación por tal causa;
- k) Los imputados que se encuentren sometidos a proceso penal en trámite.
- l) Las personas condenadas por delitos dolosos a una pena privativa de libertad, hasta después de cumplido el plazo del artículo 50 del Código Penal y los condenados a pena de inhabilitación absoluta o especial para ejercer cargos públicos, mientras no sean rehabilitados.
- m) Las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.
- n) Quienes conforme certificación médica de efector público no tengan aptitud física y/o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial, que les impida el desempeño de la función.
- ñ) Los incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Artículo 6º- Integración.

El Jurado Popular se integrará con doce (12) miembros titulares y cuatro (4) suplentes.

La composición del Jurado Popular debe respetar una equivalencia de cincuenta por ciento (50%) del género femenino y otro cincuenta por ciento (50%) del género masculino. El género de los candidatos será determinado por su Documento Nacional de Identidad.

Artículo 7º- Lista de jurados.

La Junta Electoral de la Provincia deberá elaborar anualmente el listado principal de los ciudadanos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 4° y que no tengan las incompatibilidades e inhabilidades previstas en el artículo 5º, discriminados por circunscripción judicial y por sexo.

Artículo 8º- Exhibición de registros y observaciones.

La Junta Electoral de la Provincia deberá publicar el listado principal de Jurados en la página Web del Poder Judicial. Las observaciones al mismo por errores materiales, incumplimiento de alguno de los requisitos legales por parte de los ciudadanos incorporados en la nómina o por la omisión de incluir a quienes se encuentren en condiciones de ser incorporados, pueden ser presentadas, por cualquier ciudadano ante la Junta Electoral de la Provincia dentro de los diez (10) días contados a partir de la última publicación en el Boletín Oficial, quien deberá resolver en el término de diez (10) días sobre la inclusión o exclusión en el listado principal de Jurados.

Vigencia: El listado principal de Jurados tendrá una vigencia anual contado a partir de su publicación en la página Web del Poder Judicial.

CAPÍTULO II CONFORMACIÓN DE LOS JURADOS POPULARES

Artículo 9º- Sorteo.

Dentro de los quince (15) días hábiles previos al inicio del debate el Juez procederá en audiencia, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, al sorteo de cuarenta y ocho (48) ciudadanos, de entre el listado principal de Jurados. El sorteo deberá respetar la composición equivalente a la establecida en el artículo 6º de la presente Ley.

En la misma audiencia, inmediatamente después del sorteo y en el mismo acto, la OGAP fijará una nueva audiencia a celebrarse dentro de los cinco (5) días hábiles de la fecha estipulada para el inicio del debate, para tratar las recusaciones y excusaciones, quedando notificadas las partes en dicho acto.

La notificación que realice la OGAP a los ciudadanos que hayan resultado sorteados, respecto de la convocatoria a la nueva audiencia, deberá contener la fecha, hora y lugar exacto del inicio del juicio oral y público, la transcripción de las normas relativas a los requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el desempeño de la función, las causales de excusación y las sanciones previstas para el caso de inasistencia o falseamiento de la verdad.

El Fiscal, los abogados de las partes y el personal judicial deberán guardar secreto sobre la identidad de los ciudadanos sorteados para integrar el Jurado.

Artículo 10- Audiencia de selección del Jurado.

El día fijado para la audiencia de selección de los integrantes del Jurado, el Juez, con la presencia del Fiscal y los abogados de las partes, bajo pena de nulidad, deberá verificar los datos personales de los cuarenta y ocho (48) sorteados, el cumplimiento de los requisitos del artículo 4°, la inexistencia de incompatibilidades e inhabilidades contempladas en el artículo 5°, debiendo indagar sobre los inconvenientes prácticos que eventualmente pudieren tener para cumplir su función de Jurado.

Asimismo, el Juez deberá informar a los integrantes del Jurado sobre la naturaleza de la función que les ha sido asignada, quiénes son las personas interesadas a los fines de la excusación, los deberes y

responsabilidades que dicha función implica y las penalidades previstas para los delitos vinculados con tal desempeño.

Art. 11- Excusaciones y recusaciones.

Las excusaciones y recusaciones que correspondan al Jurado se registrarán por el Código Procesal Penal de la Provincia cuando le sean aplicables y por las específicas de esta Ley.

Artículo 12- Excusación.

Puede excusarse de integrar el Jurado quien alegue haber ejercido como Jurado en otra oportunidad durante el mismo año calendario o tenga algún impedimento o motivo legítimo de excusación, los cuales deben ser valorados por el Juez. La excusación debe plantearse hasta la audiencia de selección de Jurado, salvo que se produzca con posterioridad una nueva causal. En este último caso, puede formularse hasta antes del inicio del debate. El Juez debe resolver sobre la admisión o denegatoria de la excusación en el mismo acto.

Artículo 13- Recusación con causa.

Con posterioridad al planteo de excusaciones, en la misma audiencia, las personas seleccionadas como Jurados pueden ser recusadas por las partes, por las causales previstas en el artículo 12 y/o por prejuizamiento público y manifiesto. Para formular las recusaciones las partes podrán en forma previa examinar a los candidatos sobre posibles circunstancias que pudiesen afectar su imparcialidad e independencia, procurando excluir a aquellos que hubiesen manifestado preopiniones sustanciales respecto del caso o que tuviesen interés en el resultado del juicio, o sentimiento de resentimiento u odio hacia las partes o sus letrados. Para este cometido el Juez dará la palabra a cada una de las partes para que hagan los planteos que crean correspondientes.

Si se toma conocimiento de una causal de recusación con posterioridad al inicio del debate y hasta la emisión del veredicto, debe plantearse inmediatamente. Acto seguido, se suspende el curso del debate hasta que el Juez resuelva la cuestión luego de escuchar brevemente las manifestaciones de los interesados. Si se hace lugar a la recusación, el Jurado es reemplazado por el suplente que siga en orden de turno y si hubiera ocultado maliciosamente en el interrogatorio preliminar la causal de recusación que motivó su apartamiento, se deben remitir testimonios al Fiscal competente para que se investigue el hecho.

Artículo 14- Recusación sin causa.

La parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el artículo 10, recusar sin causa hasta a cuatro (4) de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. A fin de analizar la recusación sin causa de los Jurados, las partes pueden interrogar a los candidatos a Jurados sobre sus circunstancias personales, el conocimiento que tengan del hecho, de los imputados y de las víctimas. Los integrantes de la lista prestarán juramento de decir la verdad y tendrán las mismas obligaciones que los testigos. Estos trámites

se realizan ante el Juez. Cuando un Jurado fuere recusado sin causa deberá ser excluido y no podrá actuar en el Juicio.

Art. 15. Sorteo. Modificado por Ley 9387

Resueltas las excusaciones y/o recusaciones y depurada la lista, se procederá al sorteo público de los doce (12) Jurados titulares y de los cuatro (4) suplentes, pudiendo en su caso los demás ser incorporados también como suplentes. Si el Jurado sorteado fuera apartado se debe designar sucesivamente a los restantes de la lista, según el orden del sorteo. Finalmente, se advertirá a los seleccionados de la importancia y deberes de sus cargos, que desde ese momento no deberán emitir criterios sobre la causa ni tomar contacto con las partes y se les comunicará en ese acto que quedan afectados al Juicio."

Artículo 16- Aspectos prácticos.

Una vez finalizada la audiencia de selección de los Jurados, se debe notificar a cada Jurado sobre el régimen de remuneraciones previsto en la normativa y se debe disponer las medidas necesarias para comunicar a sus respectivos empleadores sobre su condición de tales y las previsiones legales al respecto. En caso de resultar integrantes del Jurado personas con discapacidad, el Juez debe arbitrar todas las medidas necesarias para facilitar su participación en igualdad de condiciones.

Artículo 17- Deber de informar y de reserva.

Los Jurados deben comunicar al Juez los cambios de domicilio y cualquier circunstancia sobreviniente que los inhabilite para integrar el Jurado o que constituya una causal de excusación o de incompatibilidad de acuerdo con las disposiciones de esta Ley. El ciudadano que hubiera participado de la audiencia de selección de Jurados contemplada en el artículo 10 y que resulte excluido de la conformación definitiva del jurado, debe guardar reserva y no puede dar a conocer la identidad de los otros convocados.

Artículo 18- Retribución y gastos.

Las personas que se desempeñen como Jurado deberán ser retribuidos por el Estado Provincial de la siguiente manera: 1) Cuando se trate de empleados públicos o privados, mediante declaratoria en comisión con goce de haberes, de carácter obligatorio para el empleador. En este último supuesto se establecerá compensación económica al empleador. Los empleadores deben conservar a sus dependientes en sus cargos mientras estén en actividad como integrantes del Jurado y mantener sus privilegios laborales como si hubieran prestado servicios durante ese lapso. 2) En caso de trabajadores independientes, desempleados o que no trabajan podrán ser retribuidos a su pedido.

En el caso de corresponder, los gastos de transporte y manutención diaria deben ser resarcidos inmediatamente de acuerdo con los valores y procedimientos que se fijen. Cuando corresponda el Juez debe arbitrar las medidas necesarias para disponer el alojamiento de los miembros del Jurado a cargo del erario público.

Artículo 19- Previsión presupuestaria y administración de los recursos.

El Poder Ejecutivo Provincial debe establecer por vía reglamentaria el alcance de lo que debe ser abonado en concepto de retribución y viáticos. El proyecto de Ley de Presupuesto Provincial que anualmente remita el Poder Ejecutivo a la Legislatura Provincial, debe prever dentro de la Jurisdicción correspondiente al Poder Judicial, los recursos para hacer frente a los gastos derivados de la vigencia de esta Ley.

CAPÍTULO III ORGANIZACIÓN DEL DEBATE

Artículo 20- Inicio.

Constituido el Juez el día y hora indicado, los Jurados titulares y los suplentes convocados se incorporarán en la oportunidad prevista para el juicio, prestando juramento solemne ante el Juez. Los Jurados se pondrán de pie y el Juez pronunciará la siguiente fórmula: "¿Prometéis en vuestra calidad de Jurados, en nombre del Pueblo, a examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, de acuerdo a prueba producida y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia de Mendoza y las Leyes vigentes?", a lo cual se responderá con un "Sí, prometo". Realizada la promesa el Juez declarará abierto el debate, advirtiendo al imputado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder. Los Jurados suplentes deberán estar presentes en todo el desarrollo del debate hasta el momento en que el Jurado titular se retire para las deliberaciones.

Artículo 21- Incomunicación.

Si las circunstancias del caso lo requirieran, de oficio o a pedido de parte, el Juez puede fundadamente disponer que los integrantes titulares del Jurado y los suplentes no mantengan contacto con terceros, debiendo disponer el alojamiento en lugares adecuados y los viáticos correspondientes.

Artículo 22- Inmunidades.

A partir del juramento, ningún Jurado titular o suplente puede ser molestado en el desempeño de su función, ni privado de su libertad, salvo el caso de flagrante delito o cuando exista orden emanada de Magistrado competente. Ante estos últimos supuestos, se debe proceder conforme lo previsto para el caso de recusación con causa.

Artículo 23- Facultades del Juez.

El debate deberá ser dirigido por el Juez, quien debe ejercer todas las facultades de dirección, policía y disciplina. El Juez no puede ordenar la producción o incorporación de prueba que no fuera ofrecida o solicitada por las partes, ni interrogar al acusado, a los testigos, peritos e intérpretes.

Artículo 24- Reglas para el debate.

Se aplicarán en el debate público con Jurados las reglas establecidas en la presente Ley y subsidiariamente, en cuanto sean compatibles, las normas del Código Procesal Penal. Las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción. Los intervinientes se dispondrán del siguiente modo en la sala de audiencia: el Juez se ubicará en el estrado del centro; quienes depongan se sentarán al costado del Juez y de cara al público; el Jurado se ubicará en el mismo costado de los que depongan de modo que puedan ver y escuchar claramente a quienes deberán deponer; las partes se ubicarán de espaldas al público y de frente al Juez. Toda vez que las partes deseen acercarse al estrado durante el interrogatorio deberán pedir autorización al Juez. Las audiencias de debate se realizarán con estricta continuidad, en jornada completa y en días consecutivos, inclusive en los que fueran inhábiles. Asimismo se deberán evitar cualquier tipo de demora o dilación.

Artículo 25- Alegatos de apertura.

Una vez abierto el debate, las partes, comenzando por el representante del Ministerio Público Fiscal y los otros acusadores, deben presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar. Seguidamente se le requerirá al defensor que explique su defensa.

Artículo 26- Examen de testigos y peritos. Objeciones.

Los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo.

Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito.

No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.

Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte. El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios.

"Artículo 27º- Excepciones a la oralidad. Modificado por Ley 9387

Sólo pueden ser incorporados al debate por su lectura o exhibición audiovisual aquellos actos que hubiesen sido controlados por las partes que por su naturaleza y características fueran definitivos y de imposible reproducción. La lectura o la exhibición de los elementos esenciales de esta prueba en la audiencia no pueden omitirse ni siquiera con el acuerdo de las partes. Las declaraciones previas de los testigos fallecidos, sólo podrán ser introducidas al debate mediante declaración del funcionario que la tomó. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura o exhibición no tiene valor alguno, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al acusado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización del Juez. Solo deben valorarse los dichos vertidos en la audiencia."

Artículo 28- Prohibición.

Los integrantes del Jurado no pueden conocer las constancias recogidas fuera de la audiencia, excepto las mencionadas en el artículo 27 que el Juez autorice incorporar al debate, ni interrogar a los imputados, los testigos, peritos o intérpretes.

Artículo 29- Actuaciones fuera de la sala de audiencias.

Si fuera necesaria la realización de actos fuera de la sala de audiencias, se deben arbitrar los medios para la concurrencia de los Jurados. Si por la naturaleza del acto esto no es posible, se debe proceder a la filmación de la totalidad de lo ocurrido con el fin de su posterior exhibición a los jurados en la sala de audiencias al continuarse con el debate oral y público.

Artículo 30- Nulidad del debate.

La violación a cualquiera de las reglas previstas en los artículos 25, 27 y 28, provocará la nulidad del debate.

Artículo 31- Conclusiones.

Terminada la recepción de las pruebas, las partes deben presentar oralmente sus conclusiones frente al Jurado Popular, proponiendo su veredicto. El representante del Ministerio Público Fiscal, los otros acusadores y el defensor del imputado, pueden replicar al sólo efecto de refutar argumentos adversos a su postura que antes no hubieran sido discutidos. La última palabra siempre le corresponde al defensor del imputado.

CAPÍTULO IV VEREDICTO Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

"Artículo 32º- Instrucciones para la deliberación y el veredicto. Modificado por Ley 9387

El Juez, una vez clausurado el debate, debe explicar al Jurado las normas que rigen la deliberación y debe informar sobre su deber de pronunciar un veredicto, en sesión secreta y continua y sobre las disposiciones legales aplicables al caso, expresando su significado y alcance en forma clara. Previamente, debe invitar a los Jurados a retirarse de la sala y debe celebrar una audiencia que será registrada en forma audiovisual, bajo pena de nulidad, con los letrados de las partes a fin de que presenten sus propuestas para la elaboración de las instrucciones. Tras ello, debe decidir en forma definitiva cuáles serán las instrucciones a impartir a los Jurados. Sin perjuicio de la videoregistración, las partes deberán especificar sus disidencias u oposiciones para el caso de interposición de recursos contra el fallo. Los letrados pueden anticipar sus propuestas de instrucción presentándolas por escrito, entregando copia al Juez y los letrados de las demás partes."

"Artículo 33º- Lectura de las instrucciones. Deliberación y veredicto. Modificado por Ley 9387

Una vez finalizada la audiencia prevista en el Artículo 32, el Juez debe hacer ingresar al Jurado a la sala de debate y le debe impartir las instrucciones, acompañándose asimismo una copia de ellas por escrito. Inmediatamente después, el jurado pasa a deliberar en sesión secreta y continua, en la que deberán estar sus doce (12) miembros, estando vedado el ingreso a cualquier otra persona, bajo pena de nulidad.

Si durante la deliberación los integrantes del Jurado tuviesen dudas sobre el alcance de las instrucciones, en cualquiera de sus aspectos, lo deben hacer saber al Juez por escrito y se repetirá el procedimiento previsto en el Artículo 32 para su posterior aclaración.

Durante la deliberación los jurados podrán requerir la exhibición de la prueba material y la reproducción de la prueba que consideren necesaria y que se haya rendido durante el debate.

Los Jurados deberán elegir un presidente por simple mayoría de votos, bajo cuya dirección analizarán los hechos y realizarán la votación, la que deberá ser secreta.

El veredicto deberá versar, respecto del hecho y en relación a cada acusado, sobre las siguientes cuestiones:

a) ¿Está probado o no el hecho que dio motivo a la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado?

El Jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito menor comprendido en el hecho penal que se le imputa bajo las instrucciones impartidas por el Juez.

El Jurado admitirá una sola de las propuestas de veredicto por el voto unánime de sus doce (12) integrantes. La sesión terminará cuando se consiga un veredicto, pero en casos excepcionales, a solicitud del presidente del Colegio de Jurados el Juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso."

Artículo 34-

El Juez y las partes, procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al Jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del Juez. A ese fin, el Juez podrá preguntarle al Jurado si desean ponerle en su conocimiento, mediante breve nota escrita el o los puntos que les impiden acordar, sin revelar ningún aspecto o detalle de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura.

Si el Jurado no lograre un veredicto unánime en un plazo razonable, conforme las particularidades del caso, el juicio se declarará estancado y el Juez preguntará al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el Juez absolverá inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el Juez procederá a la disolución del Jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro Jurado.

Si el nuevo Jurado también se declarase estancado, el Juez absolverá al acusado.

Artículo 35- Obligación de denunciar presiones para el voto.

Los miembros del Jurado tienen la obligación de denunciar ante el Juez por escrito, sobre cualquier tipo de presiones, influencias o inducciones externas que hubiesen recibido para emitir su voto en un sentido determinado.

Artículo 36- Reserva de opinión.

Los miembros del Jurado están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado. Las boletas utilizadas para la votación deben ser destruidas de inmediato una vez obtenido el veredicto, cuidándose de que no tomen conocimiento de ellas personas ajenas al Jurado.

Artículo 37- Pronunciamiento del veredicto.

Cuando se haya logrado el veredicto, una vez presente la totalidad del Jurado y todas las partes en la sala de audiencia el Juez preguntará en voz alta al Presidente del Jurado si han llegado a un veredicto. En caso afirmativo le ordenará que lo lea en voz alta. De acuerdo al veredicto, se debe declarar en nombre del pueblo, culpable o no culpable al o los imputados. Con el pronunciamiento del veredicto finaliza la intervención de los jurados.

"Artículo 38º- Determinación de la pena Modificado por Ley 9387.

a) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que tenga prevista la pena de prisión perpetua, inmediatamente después, el Juez impondrá la pena.

b) Si el veredicto fuere de culpabilidad, por un delito que no tenga prevista la pena de prisión perpetua, el Juez fijará nueva audiencia señalando día y hora en el plazo máximo de cinco (5) días. Para la determinación de la condena, las partes podrán ofrecer nuevas pruebas a los fines exclusivamente de fijar la pena, quedando notificadas todas las partes en el mismo acto. El Juez resolverá la admisión o rechazo inmediatamente.

c) El procedimiento descrito en el inciso anterior se aplicará también para los casos en que se haya decidido la no culpabilidad del acusado en razón de su inimputabilidad, y corresponda aplicar medidas de seguridad conforme al Artículo 34 del Código Penal de la Nación.

La audiencia de cesura, comenzará con la recepción de pruebas según las normas comunes.

Terminada la recepción de la prueba, el Juez escuchará los alegatos finales de las partes, los mismos se limitarán exclusivamente a fundar las consecuencias jurídicas del veredicto del Jurado; a continuación, impondrá la pena.

En caso de que las partes no ofrezcan prueba, el Juez escuchará los alegatos sobre el monto de la condena e impondrá inmediatamente la pena, para lo cual puede pasar a un breve cuarto intermedio.

d) Si el veredicto es de no culpable, será obligatorio para el Juez y hará cosa juzgada material, concluyendo definitiva e irrevocablemente el procedimiento y la persecución penal en contra del acusado

Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto de soborno.

Tampoco se admitirá recurso alguno contra la sentencia absolutoria dictada por el Juez ante un Jurado estancado, salvo que fuera producto de soborno."

Artículo 39- Sentencia.

La sentencia debe ajustarse a las reglas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, pero debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al Jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del Jurado. Rigen supletoriamente y en la medida en que sean compatibles las causales de nulidad previstas para la sentencia en los procedimientos sin Jurados.

Artículo 40- Pedido de absolución.

Cuando por razones fundadas en el curso del debate, aún antes de la etapa de alegatos, el representante del Ministerio Público Fiscal decide solicitar la absolución, debe cesar de inmediato la función de los jurados y el Juez debe dictar sentencia absolutoria. Si el pedido de absolución no es por todos los hechos investigados o a favor de todos los imputados, se debe plantear al momento de los alegatos y vincula al Juez en la medida requerida.

Artículo 41- Recursos contra el fallo.

Son aplicables las reglas generales del recurso de casación contra las sentencias condenatorias o las que impongan medidas de seguridad que prevé el Código Procesal Penal. Sin embargo constituirán motivos específicos para su interposición: a) la inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del Jurado y a la capacidad de sus miembros; b) la arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado; c) cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión; d) cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 42- Desobediencia.

Las personas designadas para integrar un Jurado, que se nieguen a comparecer al debate se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Artículo 43- Mal desempeño.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo falten a los deberes y obligaciones previstos en la presente Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 248 del Código Penal

Artículo 44- Violación de secretos.

Las personas designadas para integrar un Jurado que de cualquier modo violen los deberes de reserva establecidos en esta Ley, se les extraerá compulsas a fin de que se investigue la comisión del delito previsto en el artículo 157 del Código Penal

Artículo 45-

Todas las audiencias previstas en la presente Ley y el debate, deberán ser registradas informáticamente mediante video grabación.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES FINALES

Artículo 46- Difusión y capacitación.

El Poder Judicial, debe organizar en toda la Provincia cursos de capacitación para los ciudadanos, a fin de promover el conocimiento y adecuado cumplimiento de la función judicial. La asistencia a dichos cursos no constituye un requisito para ejercer la función de Jurado, pero acredita idoneidad suficiente para cumplirla. La Dirección General de Escuelas, podrá incorporar el conocimiento y capacitación sobre la presente Ley, en sus contenidos curriculares.

Artículo 47- Aplicación supletoria.

Son de aplicación supletoria a las disposiciones de la presente Ley, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal de la Provincia.

Artículo 48- Reglamentación.

El Poder Ejecutivo debe reglamentar dentro del plazo de seis (6) meses, computados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, la implementación del Juicio por Jurados Populares.

Artículo 49-

La presente Ley, entrará en vigencia a los quince (15) días de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicará a los procesos iniciados con posterioridad incluyendo a todas aquellas causas en trámite que no tuvieran fijada Audiencia de debate.

Artículo 50-

Se conformará una Comisión de Seguimiento, que tendrá por fin analizar y revisar la implementación en la Provincia del Juicio por Jurados y la posibilidad de ampliar la competencia respecto de otros delitos no comprendidos en la presente.

La misma, se constituirá al año de entrar en vigencia la presente Ley y deberá emitir opinión al respecto dentro de los dos (2) años posteriores a la constitución. La mencionada Comisión, estará compuesta por siete (7) miembros: uno (1) designado por la Suprema Corte de Justicia, uno (1) por el Poder Ejecutivo de

la Provincia, uno (1) por el Ministerio Público Fiscal, uno (1) por el Colegio de Abogados y Procuradores, uno (1) por la Asociación de Magistrados, y dos (2) Legisladores a propuesta de ambas Cámaras.

Artículo 51- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Firmantes

LAURA G. MONTERO - NESTOR PARES - ANDREA JULIANA LARA - MARIA CAROLINA LETRY